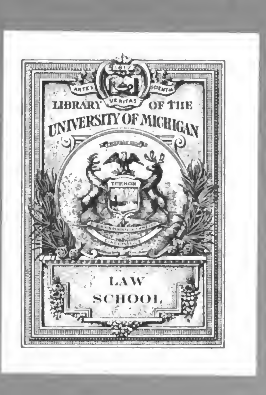



ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
LAW
SCHOOL



ZUR ERLÄUTERUNG DES BÜRGERLICHEN RECHTS

HERAUSGEGEBEN

VON

DR. RUDOLF LEONHARD
ORD. PROFESSOR DER RECHTE AN DER UNIVERSITÄT BRESLAU

6. HEFT

DER BEGRIFF DES RECHTSGRUNDES

SEINE HERLEITUNG UND ANWENDUNG

VON

GERICHTSASSESSOR DR. FRITZ KLINGMÜLLER
PRIVATDOCENT AN DER UNIVERSITÄT BRESLAU

BRESLAU
VERLAG VON M. & H. MARCUS
1901

Studien

zur

Erläuterung des bürgerlichen Rechts

In zwanglosen Heften

herausgegeben von

Dr. Rudolf Leonhard

ord. Professor der Rechte an der Universität Breslau

Wissenschaftlichen Abhandlungen über das deutsche bürgerliche Recht, das zur Zeit einer besonderen Pflege bedarf, soll eine Unterkunft gewährt werden.

An Vorbildern aus anderen Rechtszweigen fehlte es nicht. Dies schien dem Herausgeber zur Rechtfertigung des Unternehmens zu genügen. Ob er in diesem Punkte klar gesehen hat, wird nur der Erfolg entscheiden können.

Jedenfalls liegt ihm die Absicht fern, den Inhalt der Sammlung in die Richtung zu drängen, die ihm selbst als angemessen vorschwebt.

Seinem Wunsche würde es vielmehr entsprechen, in ihr Strömungen und Gegenströmungen zu vereinigen.

Immerhin glaubte er denen, die sich ihm anvertrauen wollen, eine Rechenschaft über die eigenen Anschauungen schuldig zu sein.

Dem soll das erste Heft der Sammlung dienen.

Professor Dr. Rudolf Leonhard
Breslau, Linden-Allee 49



Studien

zur

Erläuterung des bürgerlichen Rechts

herausgegeben

von

Dr. Rudolf Leonhard
ord. Professor der Rechte an der Universität Breslau

---

6. HEFT

Der Begriff des Rechtsgrundes

Seine Herleitung und Anwendung

von

Dr. Fritz Klingmüller
Privatdozent und Gerichtsassessor

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1901

Der

Begriff des Rechtsgrundes

Seine

Herleitung und Anwendung

von

Dr. Fritz Klingmüller
Privatdozent und Gerichtsassessor

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1901

Herrn **Dr. Rudolf Leonhard,**

Geheimem Justizrath,

ordentlichem Professor der Rechte an der Universität Breslau

in Dankbarkeit und Verehrung

gewidmet.

Inhaltsverzeichniss.

I. Theil.

Ausdrucksweise.

II. Theil.

Die Unterscheidung von abstrakten und kausalen Geschäften.

III. Theil.

Das Lossagen vom Rechtsgrunde.

IV. Theil.

Die Abhängigkeit vom Rechtsgrunde.

I. Theil.

Ausdrucksweise.

---

§ 1. Einleitung.

Wenig ermuthigend für eine Untersuchung über den Begriff des Rechtsgrundes klingen die Worte Voigts in seiner Abhandlung über die condictiones ob causam S. 170. . . „überdem ist es nicht allein das Auseinandergehen der Ansichten, welches bei Prüfung der bezüglichen modernen Leistungen mit Staunen erfüllen muss, sondern namentlich auch das Operiren mit unfertigen Begriffen, das Reflektiren in der Sphäre und mit dem Mittel durchaus unklarer und abgeschlossener Vorstellungen, das Deduziren endlich auf Grund von Vordersätzen, in denen partielle Wahrheiten und partielle Irrthümer zu der Einheit von allgemeinen Urtheilen sich verbinden, und aus denen dann Resultate hergeleitet werden, die in keiner Weise den quellenmässig gegebenen Theoremen auch nur ähneln.“

Kenner der einschlägigen Litteratur werden zugeben müssen, dass diese Worte nicht ohne Berechtigung sind. Der Grund eines so unbefriedigenden Standes der Litteratur liegt in einer erheblichen Schwierigkeit, die sich jeder Erörterung über den vorliegenden Gegenstand in den Weg stellt: in der umfassenden Mannigfaltigkeit der Bedeutung von Grund und causa, wie in dem Mangel einer feststehenden technischen Ausdrucksweise. Verschiedene Bedeutungen dieser Begriffe werden unter gleichen Bezeichnungen angewandt; trotz vorgenommener Scheidung werden sie wieder besonders in ihrer objectiven und subjectiven Bedeutung vermengt, — kein Wunder, dass weder Uebereinstimmung der Ansichten stattfindet, noch Ergebnisse von absolutem Werthe vorliegen.

Ein besonderer Uebelstand liegt auch in der weitgehenden Verwendung des lateinischen Ausdruckes „causa“ als eines angeblich präziösen technischen Ausdrucks. Causa ohne einen dazu gedachten Genetiv bedeutet eigentlich nichts — oder auch alles infolge seines umfassenden Sinnes; diesen nothwendig beizufügenden Genetiv aber lässt man oft im Dunkel und versteht unter causa bald causa eines Rechts, bald einer Rechtsentstehung, bald eines Rechtserwerbes, bald einer Veräusserung, bald einer Verpflichtung. Sondert man diese Begriffe nicht, so kommt man freilich aus den quaterniones terminorum nicht heraus. —

Es wird also eine Erörterung, die — soweit möglich — die erwähnten Übelstände vermeiden soll, nur schrittweise in der logischen Entwicklung der Begriffe und ihrer strengen Sonderung vorgehen können.

So erhebt sich nach Auflösung des Wortes „Rechtsgrund“ in „Grund eines Rechts“ die Frage: was kann überhaupt Grund eines Rechtes sein? —

§ 2. Rechtsgrund im objektiven Sinne.

Der Ausdruck „Rechtsgrund“ besagt zunächst, dass irgend ein Umstand vorhanden sein muss, der den Grund für die Existenz eines Rechtes abgiebt. Ein solcher Umstand kann immer nur eine Thatsache sein, da Entstehung und Untergang, überhaupt das Sein von Rechten auch nur beim Vorhandensein bestimmter Thatsachen möglich ist.

Wie infolge des Gesetzes der Kausalität, das nur auf Veränderungen Bezug hat, in der natürlichen Welt erst beim Eintritt einer Veränderung, d. h. eines Ereignisses bestimmte Wirkungen sich geltend machen, so kann sich auch in der rechtlichen Welt der rechtliche Zustand nur ändern, wenn bestimmte Thatsachen hervortreten, welche diesen Zustand anders gestalten. Bilden nun diese neuen rechtlichen Erscheinungen die rechtlichen Folgen jener Thatsachen, so müssen letztere der rechtliche Grund, der „Rechtsgrund“ für erstere sein.

Dies stimmt überein mit der „über hundert Jahre alten[1])“ aber noch nicht streng festgehaltenen Unterscheidung, welche die

[1]) Lotmar: Vorw., S. V.

Lehre vom zureichenden Grunde über die Art der Vorstellungen unseres erkennenden Bewusstseins aufgestellt hat: in einem Falle erkennt menschliche Anschauung die Ursache zum Eintritt eines realen Vorganges, d. i. das transzendentale Naturgesetz von Ursache und Wirkung: die Ursache Feuer bringt die Wirkung Wärme hervor; im anderen Falle spricht menschliche Abstraktion einem Umstande die Eigenschaft des Grundes für den Eintritt einer Folge zu, d. i. das logische Gesetz vom Erkenntnisgrunde: Das Steigen des Thermometers ist Erkenntnisgrund für die vermehrte Wärme als Folge[1]). „Ursache betrifft wirkliche Dinge, logischer Grund nur Vorstellungen[2]).“ Diese beiden Beziehungen dürfen nun in keiner Weise mit einander verwechselt werden, selbst dann nicht, wenn wir den Ausdruck „Grund“ auch von der realen Kausalität gebrauchen, um das Erkennen der Ursache und ihrer Wirkung zu bezeichnen. —

Das uns kausal erscheinende Verhältniss zwischen Thatsache und Recht kann offenbar nur dem zweiten Falle, dem logischen Gesetze von Grund und Folge unterstellt werden, da die Rechtsfolgen eintreten nicht sinnlich wahrnehmbar für uns durch Anschauung, sondern nur erkannt von uns durch Verbindung abstrakter Begriffe zu einem Urtheil.

Dieses Verhältniss zwischen Thatsache und Recht ist also eine Bethätigung abstrakten menschlichen Denkens; es findet seinen alleinigen Ausdruck in dem positiven Rechtssatz, in der Rechtsordnung, welche allein festsetzen kann, dass eine bestimmte Thatsache rechtliche Folgen haben solle. Sie knüpft an einen empirischen Thatbestand den Erwerb oder Verlust eines Rechtes unmittelbar und ausschliesslich an.

Demnach haben alle rechtlichen Folgen als gesetzliche immer den gleichen Ursprung: das Gesetz, (d. h. im Sinne von Rechtssatz).

Der Anspruch des Darlehnsgläubigers auf Rückzahlung, des Nachbarn auf Gestattung eines Notweges, der Niessbrauch des

---

[1]) Schopenhauer. Über die vierfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde. §§ 16, 20, 26—29. — Volkelt, Arthur Schopenhauer (1900), S. 94 ff.

[2]) Kiesewetter Logik I, S. 16 zit. bei Schopenhauer a. a. O. § 13. — Sigwart, Logik I §§ 5: 6 nro. 3: 32 insbesondere nro. 8. II. § 95.

Ehemannes am Eingebrachten seiner Ehefrau sind gesetzliche lediglich nach dem Willen des Gesetzes[1]).

Und es kann in dieser Beziehung natürlich keinen Unterschied begründen, ob die Vorschriften des objektiven Rechts entstanden sind durch eine gesetzgebende Thätigkeit der staatlichen Organe oder durch langjährige gleichförmige Übung einer Rechtsgewohnheit seitens der Rechtsgenossen; in beiden Fällen, sowohl beim Gesetzes- wie beim Gewohnheitsrecht, ist es menschliche Denk- und Willensthätigkeit, die in der angegebenen Weise Thatsache und Recht mit einander verbinden.

Dies ist die rein objektive Betrachtung des Ausdrucks Rechtsgrund; es wird damit lediglich eine bestimmte Thatsache bezeichnet, an welche die Rechtsordnung bestimmte rechtliche Folgen knüpft.

In diesem Sinne wird auch der Ausdruck vielfach in der Litteratur verwerthet; aber auch hier schon treten logische Ungenauigkeiten hervor.

So ist es — um bei der abstrahirenden Thätigkeit der Rechtsordnung zu bleiben — eine Verwechslung von Subjekt und Objekt, wenn Schlossmann[2]) behauptet: „Rechtsgrund des Rechtsgeschäfts, d. h. der Grund, weshalb eine Verpflichtung besteht, kann nur sein der Rechtssatz, welcher die Entstehung einer Verpflichtung an ein bestimmtes Ereigniss oder Verhältniss knüpft.“ — Rechtsgrund ist wie jeder Grund als abstrakte Vorstellung Objekt unseres erkennenden Bewusstseins. Der Rechtssatz, die Rechtsordnung ist aber — wie festgestellt — die Bethätigung unseres erkennenden Bewusstseins selbst, welches erst das Verhältniss von Grund und Folge setzt und herstellt, also das Subjekt, welches doch nicht zugleich Objekt sein kann. — So fügt dann auch richtig, aber im logischen Widerspruch mit dem vorhergehenden Satze Schlossmann hinzu: „Gewöhnlich wird in diesem Sinne in den Quellen nicht der Rechtssatz selber,

[1]) l. 130 D. 50, 16. — l. 16 § 1. C. 6, 23. — Dernburg I § 91. Leonhard, S. 146. Berechtigung: ein vom Rechtssatz verliehener Vorteil. Ferner S. 251 ff. Vergl. auch in Studien z. Erläut. d. b. R. Heft I, S. 45.

[2]) S. 29.

der aus einem bestimmten Thatbestande eine Verpflichtung entstehen lässt, sondern dieser Thatbestand als causa bezeichnet[1]).“ —

Auch Gneist (§ 1 am Anf.) erklärt zunächst etwas zu weit rückwärts schauend den „bewussten freien Willen der Kontrahenten“ für den Rechtsgrund, fügt aber später durchaus zutreffend hinzu: „Der Wille nämlich, als das an sich blos Innerliche, erhält seine juristische Bedeutung und Folge erst, wenn er in die äussere Erscheinung tritt, durch Handlungen, Zeichen, Wort und Schrift.“ (S. 114)

In gleicher Weise macht auch Voigt[2]) diesen Begriff des Rechtsgrundes zum Ausgangspunkte seiner grundlegenden Erörterungen, indem er ausführt: Die spezielle Prädizirung als Rechtsgrund sei nur einem rechtsbewegenden empirischen Thatbestande beizulegen, an welchen das Gesetz Rechtserwerb und Rechtsverlust in der Weise abstrakt anknüpfe, dass die Verwirklichung solchen Thatbestandes ohne weiteres jenen Erwerb wie Verlust vermittele. — Es ist ein besonderes Verdienst Voigts, diesen Begriff des Rechtsgrundes, der in der einschlägigen Litteratur vielfach übersehen oder von andern Begriffen nicht gesondert wird, an die Spitze der Erörterungen gestellt zu haben; indessen wird die gewonnene Klarheit und Abgrenzung alsbald wieder aufgehoben, indem er zu einem zweiten Begriffe übergeht, dem auch die Bezeichnung Rechtsgrund beizulegen sei. —

Es kann nämlich dem Erwerbsmodus eines dinglichen Rechts (z. B. der traditio), wie einem bestimmten modus obligandi (z. B. der stipulatio) eine andere obligatorische Rechtsfigur (z. B. emtio venditio) vorausgehen, welche in ein organisches Verhältniss, und zwar wieder in dasjenige von Grund und Folge zu dem „Modus“ trete; es läge kein Hinderniss vor, diese mittelbare obligatorische

[1]) S. 29. — vergl. l. 51 pr. D. de pactis. 2,14. — l. 1 § 6 D. de pec. const. 13, 5. — l. 2 C. de eviction. 8,45. Gegen Windscheid I. § 63: „Man sagt von dem Thatbestande, dass er das Recht erzeuge, aufhebe, verändere; das eigentlich wirkende ist der an diesen Thatbestand angeknüpfte Spruch der Rechtsordnung“ bemerkt Zittelmann, Irrthum, S. 280 sehr treffend: „Die Ursache ist der Thatbestand, welchem die Rechtsordnung die Qualität einer Ursache verliehen hat.“ (Man achte aber hier auf die besonders auffällige Verwechslung von Grund und Ursache!)

[2]) Vgl. S. 84 f. — 96 f. — 100, 116 f. 120, 166 f. —

Unterlage des Erwerbsmodus des dinglichen oder obligatorischen Rechts auch als Rechtsgrund zu prädiziren. Es seien dann mehrere Rechtsgründe vorhanden, die man als primäre und secundäre von einander scheiden müsse. So sei z. B. in der Wendung „rem ex causa lucrativa stipulatus sum[1])" die Stipulation der primäre Rechtsgrund, indem sie unmittelbar als causa die Obligation bestimme, die donatio dagegen der sekundäre Rechtsgrund, indem sie erst mittelbar durch das Medium der Stipulation die Obligation bestimme.

Logisch würde gegen die Bezeichnung „primärer, secundärer Rechtsgrund" nichts einzuwenden sein; denn jeder Grund hat wieder seinen Grund und so fort, die ganze Causalreihe hinauf, die von der Gegenwart zur Vergangenheit verfolgt, sich in dem Unendlichen verliert. So hat auch das stipulari der obigen Digestenstelle als ein dem Gesetze der Kausalität unterliegende menschliche Handlung ihren Grund in der donatio, diese den ihrigen in einem weiteren Umstande, u. s. f. Indessen hätte doch Voigt das Verhältnis des stipulari zu der donatio oder emtio venditio näher untersuchen sollen, er würde gefunden haben, dass letztere zu dem stipulari im Verhältnisse des Motives stehen, dass die causa lucrativa s. emtionis venditionis nur ein Grund für den Handelnden bei Eingehung der stipulatio war. Dies ist ein psychologischer Vorgang, und nicht einem solchen inneren Ergebniss, sondern nur einem in die Aussenwelt getretenen realen Thatbestande kann von der Rechtsordnung die relativische Qualität eines Rechtsgrundes in dem bisher erörterten Sinne beigelegt werden[2]), da — wie S. 6 ff. ausgeführt und wie Voigt selbst anerkennt — Rechtserwerb oder Rechtsverlust nur denkbar ist beim Eintritte einer Veränderung in der rechtlichen Welt, d. h. eines sinnlich wahrnehmbaren Ereignisses. — Voigt offenbart aber auch selbst den in seiner Theorie liegenden Widerspruch: ausgehend von dem an sich richtigen Satze, dass nicht das vitium des „primären Rechtsgrundes," sondern nur des „secundäeru" die Kondiktion begründe, führt er aus, dass zu letzterem sich

[1]) l. 83 § 6. D. 45,1. — vgl. weiter l. 108 § 4. D. 30,1. — l. 11 § 1. 4, 5. D. 44,2. — l. 23 § 3. D. 12,6 — l. 8. D. 12,5. — l 32 § 2. D. 12,6. — l. 52 D. 24.3. —

[2]) So Lotmar, S. 5 f.

nicht bloss vollwirksame Obligationen (donatio, emtio, venditio), sondern auch naturale, ja sogar rein ethische Beziehungen (z. B. Pietät der Kinder gegen die Eltern) eigneten[1]. Aber gerade die Thatbestände von Naturalobligationen und rein ethische Handlungen sind von der Rechtsordnung mit Rechtswirksamkeit nicht bekleidet; sie können also auch nicht als Gründe für das Vorhandensein von Rechten, als Rechtsgründe angesehen werden. — Man kann also auch bei Voigt das Hinübergleiten zu einem durchaus verschiedenen Begriffe beobachten, das naturgemäss Verwechslungen im Gefolge haben muss. Und so liegt der Hauptfehler dieses Theiles seiner Ausführungen darin, dass er das vorausgegangene Rechtsgeschäft (sog. causa praecedens)[2], seinen „secundären Rechtsgrund" verwechselt mit dem inneren Motiv (Parteizweck), und diese causa praecedens nicht genügend sondert von dem Erwerbsmodus, um den es sich hier allein handelt. Diese causa praecedens kommt bei dem bisher erörterten Sinne von Rechtsgrund nicht in Betracht. Denn gerade „ein abstraktes Geschäft, das die gegenwärtige Entgeltsbestimmung verschweigt (— und der Erwerbsmodus ist ein derartig abstraktes Geschäft —) abstrahiert natürlich auch immer von der causa praecedens[3])."

Ferner giebt es überhaupt Erwerbsmodi, die keine besondere causa hinter sich haben, z. B. die occupatio. Ein derartiger Erwerbsmodus steht natürlich als Thatsache — sei es ein „zufälliges" Ereigniss oder eine menschliche Handlung — unter dem Gesetze der Kausalität und daher als Glied einer Kausalreihe im Zusammenhange mit anderen Geschehnissen; aber das ist zunächst für die Entstehung des Rechts gleichgültig, da diese ja lediglich von der Rechtsordnung an jene bestimmte Thatsache als Erwerbsmodus geknüpft ist. Welche Ursachen diese Thatsache hervorgerufen haben, bleibt zunächst ausser Betracht, da sich die Rechtsordnung damit begnügt, einen bestimmten Thatbestand, nicht auch dessen Ursachen zu normiren. Das Erbrecht entsteht,

[1]) Vgl. S. 476, 481 f. — 486 f. —

[2]) Vor deren Verwechslung mit anderen Begriffen, insbes. mit causa — Entgeltsbestimmung Leonhard Allg. Th., S. 264 f. warnt. — Vgl. l. 31 pr. D. 41,1. —

[3]) Leonhard a. a. O., S. 265.

ganz gleich aus welcher Ursache der Tod des Erblassers eingetreten ist, ebenso die obligatorische Bindung, ganz gleich, welche Motive die Stipulationshandlung hervorgerufen haben. Deshalb bleibt Rechtsgrund zunächst einzig und allein eben diese Stipulationshandlung selbst.

§ 3. Rechtsgrund im subjektiven Sinne.

Sehr verschieden von der bisher erwähnten objektiven Bedeutung des Ausdrucks Rechtsgrund wird dieser weiterhin gebraucht im subjektiven Sinne, zur Bezeichnung psychologischer Vorgänge in der Seele des handelndeln Menschen.

Die Berechtigung, den Ausdruck nun auch im subjektiven Sinne zu verwenden, wird auf folgende Weise hergeleitet.

Die mit Rechtsfolgen bekleideten, „juristischen[1]" Thatsachen scheiden sich in zwei grosse Gruppen: in menschliche Handlungen und Thatbestände anderer Art. Die letzteren, als die nicht durch menschliche Willensthätigkeit erzeugten Thatbestände sind über das ganze System des Rechts zerstreut: man denke an Geburt und Tod, Untergang einer Sache, Wildschaden, der Hungerschwarm der Bienen nach § 964 B.G.B., die zufällige Vermischung u. dgl. m. — Die zweite Gruppe bilden die rechtlichen Willensäusserungen der Menschen, die man in Rechtsgeschäfte, Willenserklärungen ohne nothwendigen Erfolgswillen und Delikte einzutheilen hat.

An diese Willensäusserungen knüpft man an und bezeichnet in der Erwägung, dass keine Handlung ohne zureichenden Grund vorgenommen werde, nun als Rechtsgrund das auf die Willensäusserung unmittelbar einwirkende Motiv.

So versteht Liebe[2]) unter dem Rechtsgrunde des Versprechens die mit diesem in Wechselwirkung gesetzte Leistung des Gegners, Schlesinger[3]) unter dem Rechtsgrunde überhaupt die Beziehung auf eine Vermögensveränderung, Gneist[4]) die juristische Absicht des Geschäfts, Bähr[5]) die Rückbeziehung auf eine juristische

---

[1]) Savigny, System III, S. 3 u. 328.
[2]) S. 1, 76.
[3]) S. 4.
[4]) S. 118 f.
[5]) § 3.

Funktion der Vermögensübertragung, Kindel[1]) die Beziehung auf die „Begründung, Lösung oder Sicherung eines Rechtsverhältnisses.“ Es wird also als das juristische Motiv der Willensäusserung, Schenkung oder Erlangung eines Gegenvortheils hingestellt, und damit eben auch jenes rechtliche Motiv erschöpft; anderweitige Motive mögen zwar vorhanden sein, etwa wirtschaftliche, sittliche, allgemein menschliche, und mögen als solche die Vermögensübertragung beeinflusst haben, spezifisch juristische Gründe aber sind sie nicht. — Es ist offensichtlich, wie hier durch Anwendung des Ausdrucks und durch eine derartige Qualifizirung der genannten Umstände, die nicht die reale Thatsache „Willensäusserung“ selber sind, sondern sie nur in der Seele des Handelnden hervorgerufen haben, ein Sprung gemacht wird. Alle unsere äusseren mit Bewusstsein geschehenden Aktionen, unser Thun steht wie alles, was geschieht, unter dem Gesetze der Kausalität, welches hier unter der Form des Motives erscheint. Wir handeln nur nach einem Ziel und Zweck, den wir erkannt haben; diese Erkenntnis aber, nur „Medium des Motivs,“ nimmt dem Gesetze der Kausalität schlechterdings nichts an seiner Sicherheit und Strenge, denn: auch „das Motiv ist eine Ursache und wirkt mit der Nothwendigkeit, die alle Ursachen herbeiführen[2]).“ Wenn A. an B. Eigenthum oder ein Forderungsrecht überträgt (Willensäusserung), so weiss er, warum er dies thut, (er erkennt den Zweck); m. a. W.: Wille ist das durch die Vernunft bestimmte Begehungsvermögen[3]). Dieses Warum, dieser erkannte Zweck, diese bestimmende Vernunft ist causa der Äusserung des Willens als reale Thatsache; sie kann daher an sich nicht auch die causa der rechtlichen Folgen jener Thatsache, „Rechtsgrund“ sein; eine solche Bezeichnung überspringt offenbar die dazwischen liegende Willensäusserung.

Indessen ist die Ungenauigkeit dieser Ausdrucksweise insofern erklärlich, als die oben getroffene Begriffsbestimmung

[1]) § 2.

[2]) Schopenhauer a. a. O., S. 61 ff. u. die daselbst zit. Stellen aus Kant, Krit. d. reinen V., S. 577.

[3]) Kant, Metaph. — Anf. gr. Einl., S. V. — Bähr bezeichnet es als „subjective causa“ und als „eine psychologische Nothwendigkeit.“ —

von Rechtsgrund sich nicht auf sprachliche Unterscheidung stützt[1]).

Man hat sich den Begriff Rechtsgrund nicht bloss objektiv vom Standpunkte des Rechts, sondern auch subjektiv vom Standpunkte des seinen Willen äussernden Menschen vorgestellt, und so an den rechtlichen Grund zum Handeln, an das den Willen bestimmende Motiv gedacht. Der Umstand nun, der von dem Handelnden als Reflexion in Beziehung zur Handlung gesetzt wird, kann sowohl Grund wie Zweck sein. Das Verhältniss von Grund und Zweck ist auffindbar in der Vorstellungsthätigkeit des handelnden Subjekts: Grund einer Handlung ist, was ihren Zweck begehrenswerth und das gewählte Mittel als tauglich erscheinen lässt[2]). Demnach wird der Grundumstand als ein der Handlung vorhergehender, der Zweckumstand als ein der Handlung nachfolgender, insofern zukünftiger und als ein zu realisierender vorgestellt[3]).

Dieser doppelte — objektive und subjektive — Sinn des Ausdrucks „Rechtsgrund“ ist es vornehmlich, der die Untersuchung über den zu Grunde liegenden Begriff erschwert und die Unklarheiten in der Litteratur herbeigeführt hat, da beide Bedeutungen nicht aus einander gehalten werden. So kann man z. B. bei der Redewendung stipulari ex causa legati mit Rechtsgrund zwei sehr verschiedene Begriffe bezeichnen: einmal den gesetzlich normierten Vorgang der stipulatio, als deren rechtliche Folge die obligatorische Bindung des Promittenten erscheint, ferner die reflexive Rückbeziehung des Versprechens auf den Grund des Legats. Im ersten Falle meint man den objektiven Grund des übergegangenen Rechts, im zweiten den subjektiven Grund für die Abgabe des Versprechens. Es ist durchaus erforderlich sich klargemacht zu haben, dass durch

[1]) Obwohl die deutsche Sprache (anders wie die lateinische) 2 gesonderte Bezeichnungen für die beiden durchaus verschiedenen Begriffe Grund und Ursache hat, gestattet sie doch auch eine Vermischung dieses Unterschiedes. Voigt, S. 76. Anm. 16 führt als Beispiel an: „dass das Feld weiss wird, hat seinen Grund darin, dass es schneit. Ebenso fliessen in dem Worte „weil“ Grund und Ursache zusammen.“ —

[2]) Leonhard in Grünhuts Ztschr. Bd. 10, S. 14.

[3]) Lotmar, S. 32. — Schopenhauer a. a. O., S. 168. So auch das latein. „causa“ gleich dem deutschen „weil.“ Lotmar führt als Beispiel an: ex causa donationis tradidit (Bedeutung von Zweck) und ex causa fideicommissi tradidit (Bedeutung von Grund.)

den Ausdruck Rechtsgrund verschiedene Begriffe gedeckt werden, und zwar — wie wir sehen werden — erforderlich für Erörterung der Fragen, ob und weshalb beim Mangel des vorgestellten rechtlichen Grundes gleichwohl durch die Willensäusserung eine Vermögensübertragung (also eine Rechtsfolge) stattfindet, und ob etwa dieser Mangel auf den weiteren Bestand des durch einen Rechtsgrund (im objektiven Sinne) übertragenen Rechts einwirkt. —

So weist auch Voigt (S. 473) auf den eigenthümlichen „Gegensatz“ hin, dass die römischen Juristen den Thatbestand der cond. sine causa im Allgemeinen vielfach als ein sine causa (Rechtsgrund im subj. Sinne!) esse aliquid apud aliquem bezeichnen, während gleichwohl solcher Thatbestand einen durch einen Rechtserwerbsmodus (Rechtsgrund im objektiven Sinne!) vermittelten Vermögenserwerb nothwendig voraussetzt. In ganz gleicher Weise spricht § 812 B.G.B. von demjenigen, der „durch die Leistung eines Andern auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt,“ und § 821 ebenda von demjenigen, der ohne rechtlichen Grund eine Verbindlickeit eingeht;“ d. h. es sind Rechtsfolgen (das Erlangen und das Entstehen der Verbindlichkeit) eingetreten, und zwar in Folge des Rechtsgrundes der Leistung oder der Obligation, aber diese Rechtsfolgen sind „ohne rechtlichen Grund“, was besagt, dass sie infolge der Nichtverwirklichung des vorgestellten rechtlichen Grundes juristische Rechtfertigung nicht finden können.

Hieran knüpft sich noch eine besondere Nuancirung des Begriffes Rechtsgrund im subjektiven Sinne, die zugleich eine Erweiterung nach bestimmtex Richtung in sich schliesst.

Rechtsfolgen treten nicht nur ein auf Grund von juristischen Handlungen, deren Zweck auf die Erzielung jener Folgen gerichtet ist, deren Thatbestand den Erfolgswillen in sich schliesst, m. a. W. auf Grund von Rechtsgeschäften, sondern auch auf Grund von Handlungen, bei denen der Erfolgswille als unerheblich erscheint, die Rechtsfolgen vielmehr eintreten ohne und selbst gegen den Willen des handelnden Subjekts, so namentlich der Eigenthumserwerb durch Verarbeitung, Verbindung und Vermischung, durch Fund, durch die gegenüber dem Berechtigten wirksame Verfügung eines Nichtberechtigten über einen Gegenstand[1]).

[1]) §§ 946 f. B.G.B. 977, 816.

Obgleich nun auch hier — in derselben Weise, wie bei dem mit dem Mangel des vorgestellten rechtlichen Zweckes behafteten Rechtsgeschäfte — eine reale rechtserzeugende Thatsache als Rechtsgrund (im objektiven Sinne) vorhanden ist, wird von einem Erwerbe, einer Bereicherung „ohne Rechtsgrund“ gesprochen. Aber auch hier löst sich der nur durch die Ausdrucksweise veranlasste, scheinbare Widerspruch. —

Allerdings tritt in den erwähnten Fällen Rechtserwerb zu Gunsten des Specifikanten, des Eigenthümers des Grundstücks, bezw. der Hauptsache ein, da die Regelung des dinglichen Rechtszustandes auf irgend eine Art von der Rechtsordnung vorgenommen werden muss. Aber mit diesem Rechtserwerb auf der einen Seite ist gleichzeitig und nothwendig ein Rechtsverlust auf der anderen Seite verbunden, der eben dann nicht eingetreten wäre, wenn man nicht jenen Rechtserwerb zugelassen hätte. Aus diesem Grunde ist der Rechtserwerb zwar formell gegeben, aber materiell nicht gerechtfertigt; nur die Rechts- nicht aber die Vermögensänderung[1]) erscheint rechtlich begründet, und nur in diesem Sinne spricht man von Rechtserwerb „ohne Rechtsgrund“. Die Rechtsordnung unterzieht nachträglich den formellen Erwerb einer Kritik nach materiellen Gesichtspunkten[2]). — Diese Gesichtspunkte aber sind keine anderen als die, welche das objektive Recht grundsätzlich für den rechtsgeschäftlichen Vermögensverkehr aufstellt: eine Verschiebung des Vermögensstandes, d. h. Rechtsverlust auf der einen, Rechtserwerb auf der anderen Seite, geht entweder vor sich im Wege der Ausgleichung (Erlangung eines Aequivalents oder auch eines Rückgabeanspruches) oder unter Verzicht auf diese Ausgleichung (Schenkung); nur wenn dies oder jenes vorliegt, d. h. der Rechtserwerb bei dem Empfänger eine „juristische Funktion“[3]) erfüllt, eine „juristische Absicht“[3]) verwirklicht, erscheint der Rechtserwerb materiell gerechtfertigt. Aber weder der eine noch der andere Rechtfertigungsgrund stützt

[1]) Windscheid, Pand. II § 422.

[2]) v. Mayr, S. 2: „Der Schutz des rechtlich Zulässigen, die Abwehr des rechtlich Unzulässigen sind die beiden Ziele, nach denen der Januskopf der Rechtsordnung ausblickt.“ —

[3]) Die sich in jenen beiden Möglichkeiten (Schenkung oder Erlangung eines Gegenvortheils) erschöpft. S. oben S. 12 f.

jenen formellen Rechtserwerb; es fehlt in diesem Sinne der rechtliche Grund.

Wir konstatieren also hier folgende Erscheinung: Dieselben Motive, die im einzelnen Falle als rechtlich erhebliche auf den Urheber des Geschäfts einwirken, dem Uebertragungsakte den rechtlichen Zweck verleihen, beeinflussen in gleicher Weise die rechtserzeugenden Faktoren bei der allgemeinen Erwägung, ob ein thatsächlich erfolgter Rechtserwerb nach dem „Zweck im Recht“ aufrecht zu erhalten oder als rechtlich nicht zu schützende Gütervermehrung in seiner Wirkung wieder aufzuheben sei. — Es handelt sich also in beiden Fällen um eine vom Rechte verlangte Motivierung des Rechtserwerbes. (Rechtsgrund im subjectiven Sinne).

Aus dieser Feststellung der Begriffe und ihrer Bedeutung ersieht man, wie unzureichend die zur Verfügung stehende Terminologie ist. Gleichwohl erscheint eine Änderung dieses wenig befriedigenden Zustandes ausgeschlossen in Rücksicht auf die umfassende Bedeutung des Wortes „Grund,“ die eine technische Abgrenzung der verschiedenen Begriffe verhindert. Nicht zum geringsten ist dieser Zustand ferner durch die Verwendung der lateinischen Bezeichnung causa, eines der vieldeutigsten Wörter der lateinischen Sprache, herbeigeführt worden. Es sollen daher die für unsere Erörterung erheblichsten Bedeutungen von causa hervorgehoben werden.

§ 4. Causa.

I. Allgemeine Bedeutung.

Mit Recht beklagt Bekker[1]) die in einander fliessenden Bedeutungen des Wortes causa, die der lexikologischen Behandlung desselben grosse Schwierigkeiten bereiten; indessen sind diese nicht unüberwindbar.

Gehen wir zunächst von dem allgemeinsten Sinne des Wortes aus, so spaltet es sich alsbald seinem Gebrauche nach in zwei ziemlich weit auseinander gehende Bedeutungen. Es bezeichnet

I. in einer engereren Bedeutung den Grund, auf welchem etwas da ist,

---

[1]) In Pand. II, S. 147, Anm. n.

II. in einer allgemeinen Bedeutung das, was auf jener Grundlage da ist: Grund, worum es sich bei einer Sache handelt, Vorwurf, Vorlage, Angelegenheit, Sache, Stoff, Gegenstand (quaestio, controversia, res)[1]).

Wir schalten alsbald nach Feststellung dieser beiden Grundbedeutungen die zweite als hier nicht interessirend aus der Erörterung aus.

Gehen wir daher auf die zu I erwähnte Bedeutung von causa näher ein, so wird darunter wieder sehr allgemein das verstanden, wodurch, weswegen, warum etwas geschieht: causa est ea, ex qua, vel per quam, vel a qua, vel propter quam aliquid fit, vel fieri dicitur aut simulatur. Es steht dann hier für die deutschen Ausdrücke: Ursache, Grund, Beweggrund, Veranlassung, Quelle von etwas, und grenzt sich besonders gegen den Gegensatz facta s. effecta ab[2]). In dieser Bedeutung, die auf die unendliche Kausalreihe, auf alle vor dem Ereigniss liegenden Umstände hinweist, wird causa auch in der Sprache der römischen Philosophen angewandt; es steht hier einmal gleich dem griechischen ἀρχή und dem lateinischen principium im Sinne der prima causa (the first cause) der späteren Philosophie, das andere Mal gleich dem griechisehen λογος und dem lateinischen ratio im Sinne der gestaltenden Kraft und im Gegensatze zur materia[3])..

Innerhalb dieses weiten Gebietes nun, welches vor den Ereignissen, den facta s. effecta liegt, bezeichnet causa jedes kausale Verhältniss: 1) Die äusserlich wahrnehmbare Kausalität, die Ursache, 2) Das von Menschen über eine Kausalität gefällte logische Urtheil, den Erkenntnissgrund, 3) Die auf das animalische Leben einwirkende Kausalität, den Beweggrund (Motiv.)

zu 1)

> Cicero, de divin. I, 55, 125: fatum autem — apello — ordinem seriemque causarum, quum causa causae nexa rem ex se gignat.

[1]) Vergl. Freund, Wörterbuch der lateinischen Sprache (1834) sub verbo ‚causa' zu I und II. — Georges, Lat.-Deutsch. Handwörterbuch (1879) eod. zu A. u. B. — Forcellini Tot. latinit. lex. tom. II. zu I. II, u. III, IV. — Klotz, Handwörterbuch d. lat. Spr. (1874) zu I, und II.

[2]) Z. B. Quintil. Instit. 6, 3, 66; 7, 3, 29; 12, 1, 36; 4, 2, 52. —

[3]) Z. B. Seneca, Epist. 7, 3, 2; 7, 3, 4; 7, 3, 14; 15, 3, 65. — Cicero de nat. deor. 1, 1, 1. — Voigt, § 11 sub 2.

Cicero, de fato 15,34: causa ea est, quae id efficit, cuius est causa, ut vulnus mortis, cruditas morbi, ignis ardoris.
Vergil III, 584: nec quae sonitum det causa, videmus.
Vergil V, 5: quae tantum accederit ignem causa, latet.
Tacitus Annal. VI, 22,9: principia et nexus naturalium causarum.

zu 2)

Cicero de iuv. II, 20,60: atrocitas iniuriarum satisne causae sit quare . . . praejudicetur? —
Sallust., bell. Jugurth. c. 15 § 1: legati Jugurthae, largitione magis quam causa freti.
Horat. Sat. I, 7, v. 14: non aliam ob causam, nisi quod virtus in utroque summa fuit. (Von dem Zorn zwischen Hector und Achilles).
Tacitus, Annal. XII, 45: belli causa confingit. —

zu 3)

Plautus, Aulnlaria 92: Ne causae qnid sit quod te quispiam quaeritet.
Plautus, Captivi 431: Atque horunc verborum causa cave tu me iratus fuas.
In gleicher Bedeutung im Ampbitruo 853, 157. — Asinaria 789. — Casina V, 4,24. — Cistellaria I, 1,84. — Epidicus 41, 45.
Menaechmi 490, 771. -- Mercator 810. — Miles glor. 1074. — Pseudolus 92, 847. — Rudens 1070, 758, 1397. — Stichus 202. — Trinummus 1188. — Truculentus II, 1,18. — Terent. Andr. 5, 1, 18. Ubi ea causa, quamobrem haec faciunt, erit adempta his, desinat. Ebenso id. Eun. 1, 2, 65. — Heaut. 2, 3, 95. Hec. 3, 3, 22; 3, 5, 2; 4, 4, 73.
Vergil: Aen. 10,90: quae causa fuit consurgere in arma.
Cicero: Att. 9, 7, 5; tuas causas nosco. Ebenso eod. 7, 7, 3; 13, 22, 1; id. Verr. 2, 40, 99; 3, 46, 109. —
Dort, wo im bestimmten Sinne das Motiv, der Beweggrund besonders gerechtfertigt erscheint, wird von iusta causa gesprochen, so:
Plautus, Captivi 257:
An vero non iusta causast ut vos seruam sedulo. Ebenso:

Plautus, Poennlus III, 1,30.
Cicero Verr. 2, 1, 18. — Att. 7, 3. Dort wo menschliches Handeln ohne triftigen, gehörigen oder ohne sittlichen Beweggrund erscheint, verwendet man den Ausdruck sine causa, so:
Cicero de divin. 2, 28, 61. — de fato 9. 18. — de orat. 2, 60, 246. — ad Att. 13, 22, 1. —
Caesar bell. Gall. 1, 14. —
Nepos. Alcib. 6, 2. —

II. Anwendung in der Jurisprudenz gemäss der allgemeinen Bedeutung.

Die erörterte allgemeine Bedeutnng von causa, und besonders in dem Seite 17: zu I erwähnten Sinne als grundgebendes Princip, finden wir natürlich auch in der Ausdrucksweise der römischen Juristen. Der wesentlich philosophische Begriff von causa mit seinen erheblichsten drei besonderen Anwendungen findet hier auf juristischem Gebiete weitgehende Anwendung. Dieses Arbeiten mit philosophischen Begriffen kann insofern nicht Wunder nehmen, als die Philosophie im Alterthum wie in der Neuzeit die Denk formen liefert[1]). —

Es wird sich indessen herausstellen, dass gerade dieses Arbeiten mit philosophischen Begriffen, neben welche bald zu erörternde technische Begriffe treten, die lexikologisch schwerfestzustellende Ausdrucksweise in den Quellen und hiervon als Folge wieder die Unklarheiten in der Litteratur herbeigeführt hat.

Causa wird in den römischen Quellen angewandt:
zn 1) als äusserlich wahrnehmbare Ursache.
l. 7 § 6 D. 9,2: an mortis causam praestiterit.
l. 51 pr. D. 9,2: qni mortis causam praebnit.
l. 4 § 1 l. 15 pr. D. 48,8 ebenso
l. 28 D. 8,2: ex naturali causa fit.
l. 27, D. 6,1: ex alia causa mortuus.
zn 2) als logischer Erkenntnissgrund.
l. 1 § 2 D. 43,17: huius interdicti proponendi causa haec fuit

[1]) Jörs in Birkmeyers Realencyclop. (1901). S. 110. Anm. 6. —

l. 1 § 5 D. 3,1. Carfania improbissima femina, quae inverecunde postulans et magistratum inquietans causam dedit edicto.

l. 6 D. 38,6: sed rei aequitas et causa edicti efficit, ut bonorum possessio intestato patris detur.

Hierunter fällt die Anwendung von causa in Bezug auf einen rechtlich normierten Thatbestand, aus welchem sich bestimmte Rechtsfolgen, wie obligatum esse, debere, petere etc. ergeben, d. h. die Verwendung von causa als Rechtsgrund im objectiven Sinne[1].

Als solche rechtserzengende Thatsachen kommen namentlich in Betracht:

causa lucrativa: obligatum esse, obligatio, debere, partum habere ex c. lucr. in l. 19 D. 44,7. — l. 108 § 4 D. 30,1. — l. 17 D. 44,7. — l. 19 D. 44,7. — l. 82 § 4 D. 30,1. —

causa fideicommissi: debere, petere, ex c. fideic. in l. 47 § 2 D. 40,5. — l. 38 § 8 D. 32,1. — l. 41 § 3 D. 32,1. — l. 77 § 33 D. 31,1. — l. 94 §§ 2 und 3 D. 46,3. — l. 38 § 1 D. 32,1. — l. 28 § 14 D. 34,3. — l. 47 D. 38,1.

causa fidejussoria: obligatum esse, debere, ex c. f. in l. 69 D. 46,1. — l. 47 pr. D. 17,1. —

causa iudicati: obligatio, teneri, debere, solvere ex c. ind. in l. 4 § 7 D. 42,1. — Gai. Inst. III., 180. — l. 5 pr. D. 46,3. — l. 11 D. 49,1.

causa mandati: obligatum esse, debere, praestare ex c. m. in l. 13 C. 8,43. — l. 15 D. 12,1. — l. 60 § 1 D. 17,1. —

causa legati: in l. 51 pr. D. 2,14 — sowie andere Stellen mit Angabe von causae in ihrer Individualerscheinung als promissio dotis, emtio, locatio, societas, mutuum, depositum, commodatum, tutela, hereditas, Thatbestand der condictio u. s. w.

und völlig gleichbedeutend werden so causa und obligatio gebraucht in l. 9 pr. D. 12,1: certi condictio competit ex omni causa et ex omni obligatione, ex qua certum petitur.

---

[1]) S. o. Seite 6 u. ff.

zu 3) als Beweggrund (Motiv): Ulpiani lib. sin. Reg. fr. XXIV, 19. — § 31 Inst. 2,20: causa est velut: Titio, quoniam negotia mea curavit, fundum do, lego. —

Ebenso l. 17 §§ 2 und 3 D. 35,1. —

Papin. l. 72 § 6 D. 35,1: falsam causam legato non obesse . . . .

Paulus l. 65 § 2 D. 12,6: . . . quod ob causam datur, puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi . . . . Ähnlich: l. 46 § 2 D. 23,3. — l. 25 C. 2,4. — l. 7 C. 4,6.

Pomponius l. 11 pr. D. 12,1: haec causa fuit vendendi.

III. Causa in juristisch-technischer Bedeutung.

Nun finden wir den philosophischen Begriff causa im subjektiven Sinne von Motiv (Beweggrund) noch für die besonderen Zwecke der Jurisprudenz verwandt. Definirt man das Motiv im allgemeinen philosophischen Sinne „als jeden Seelenzustand, der eine Bewegung erzeugt[1],“ so bedeutet dieses Motiv bei Vermögensübertragungen offenbar die reflexive Beziehung auf die Umstände, zu deren Erreichung die Handlung als Mittel zum Zweck beitragen soll[2]).

Bezüglich dieser Umstände nehmen aber bereits die römischen Juristen eine wichtige Sonderung vor. Die Zweckvorstellungen in der Seele des Handelnden — obgleich psychologisch durchaus einheitlich — lassen sich nach juristischer Betrachtungsweise in zwei Arten zerlegen: in solche, welche sich auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts beziehen, und in solche, welche über diesen Inhalt hinausgehen. Die ersteren umfassen nur den unmittelbar rechtlichen Zweck des Rechtsgeschäfts, bestehend und sich zugleich erschöpfend in der Erweisung einer Liberalität oder der Erreichung eines Gegenvortheils[3]).

Die letzteren Zweckvorstellungen entfernen sich in der Seele des Handelnden weiter von jenem unmittelbaren rechtlichen Zwecke und greifen darüber hinaus als gewollte Bethätigung von

[1]) Leonhard: Allg. Th. S. 516.

[2]) „Von welchen als vorgestellten die [Vornahme der] Handlung abhängig gemacht wird.“ — Lotmar. S. 33. — Windscheid, Voraussetz. S. 48. ff. —

[3]) Vergl. oben S. 12 f.

Freundschaft, Dankbarkeit, Mitleid, Anknüpfung geschäftlicher Beziehungen u. s. w.[1]).

Beide Vorstellungen werden mit causa bezeichnet[2]); eine begriffliche Scheidung aber ist insofern nöthig, als der Gegensatz in der juristischen Erheblichkeit der ersteren, welche dem Übertragungsakte überhaupt seinen rechtlichen Inhalt geben, beruht, während die letzteren als blosse den Abschluss des Rechtsgeschäfts veranlassende Vorgedanken rechtlich nicht in Betracht kommen[3]). Dieser Gegensatz ist den römischen Juristen voll bewusst gewesen. Wir finden in den Quellen Versuche, die für den Juristen so nothwendige Unterscheidung auch sprachlich zu charakterisiren, indem causa in der Bedeutung eines blossen Beweggrundes und res in der Bedeutung einer juristischen Absicht einander gegenüber gestellt werden. So Pomponius in l. 52 D. de cond. ind. 12,6 und Paulus in l. 65 pr. §§ 2 und 4 D. eod. l. 5 pr. D. de praescr. verb. 19,5. Diese sprachliche Unterscheidung wird aber nicht festgehalten und die Doppelbedeutung von causa bleibt — nicht zum Vortheile einer klaren Quellenforschung — bestehen. So gebraucht Paulus selbst an andern Stellen causa und res völlig gleichbedeutend: in l. 1 § 2. l. 9 pr. D. de cond. ob turp. c. 12,5; l. 65 § 3 D. de cond. ind. 12,6; l. 38 § 1 D. de usur. 22,1. Vgl. ferner: l. 1 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12,4; l. 2 D. eod. l. 23 § 3 D. de

---

[1]) Schlessmann, S. 35. — Gneist, S. 120 führt als Beispiele in den Quellen an: pietas, officinm, affectio, Liebe zum Ehegatten, Hang zur Verschwendung, blosse Laune n. a. m.

[2]) So das rechtlich bedentnngslose Motiv in § 31. I. 2,20. — l. 17 §§ 2 u. 3 l. 72 § 6 D. 35,1: falsa causa non nocet. Ebenso in l. 3 § 7 D. 12,4. — l. 46 § 2 D. 23,3. — l. 65 § 2 D. 12,6. — l. 25 C. 2,4. — l. 7 C. 4,6. — Von den rechtlich erheblichen causae (s. iustae causae) traditionis wird gesprochen in l. 1 pr. l. 3 § 1 l. 4, 5, 6, D. 6,2. — l. 36 D. 41,1. — Vergl. auch weiter l. 3 § 4. l. 26. D. 41,2. — l. 4 § 3 l. 31. § 6. — l. 33 pr. D. 41,3. — l. 1 D. 41,10. — l. 1 § 6 D. 13,5 u. a. m. — Leonhard, Allg. Th. S. 265 nnterscheidet in der Bedeutung von causa zwischen Haupt- nnd Nebenzwecken. — Windscheid, S. 48 ff.

[3]) Dernburg. Pand. I. §§ 94, 95. — Kindel § 3. Die von ihm getroffene Unterscheidung zwischen Rechtsgrund u. Beweggrund wird aber später anscheinend nicht aufrecht erhalten; man vergl. S. 18.: „Denn auch dieser (sc. Rechtsgrund) ist Motiv, da die Parteien den Vertrag schliessen, nm ein Rechtsverhältniss zu begründen und zu lösen, oder zu sichern“. —

cond. ind. 12,6; l. 5 pr. D. de cond. s. c. 12,7; l. 15 D. de praescr. verb. 19,5; l. 5 C. de cond. ob. caus. dat. 4,6[1]).

Nach Ausscheidung der juristisch unerheblichen Motive bezeichnet causa also nur diejenigen Umstände, die der Handlung als unmittelbaren Zweck eine „juristische Funktion", einen rechtlichen Charakter zuertheilen sollen[2]), nur den „rechtlich wichtigen Beweggrund, nämlich eine solche Voraussetzung, von deren Vorhandensein, Eintritt oder Fortdauer der Urheber des Rechtsgeschäfts den Eintritt oder Fortbestand der Geschäftsfolgen ausdrücklich oder stillschweigend abhängig macht[3]).

Bisher ist nur von den causae alienandi, von den rechtlich erheblichen Zwecken im Falle eines Veräusserungsgeschäftes die Rede gewesen. Nun giebt es aber auch — worauf bereits oben S. 11 ff. hingewiesen worden ist — Möglichkeiten eines Rechtserwerbes, der nicht auf einem derartigen negotium beruht, sondern auf rein thatsächlichem Wege eintritt, z. B. commixtio fortuita, alluvio und dergl. Diese Möglichkeiten gehören nun wie die causae alienandi zu dem übergeordneten Begriffe der causa acquirendi, d. h. Erwerbsvoraussetzungen, die das Recht für alle Erwerbsfälle festgesetzt hat[4]). Diese Erwerbsvoraussetzungen sind bei dem rechtsgeschäftlichen Erwerbe der Eintritt, bezw. Fortdauer der rechtlichen wichtigen Voraussetzungen, bei dem rein thatsächlichen Erwerbe die materielle Ausgleichung des mit dem formellen Rechtserwerbe nothwendig verknüpften Rechtsverlustes. Es ist wohl zu beachten, dass diese Erwerbsakte natürlich ihre causa im objektiven Sinne haben (d. i. der thatsächliche Vorgang der alluvio, commixtio u. s. w.), diese steht hier und überhaupt nicht in Frage; aber sie haben keine causa im subjektiven Sinne, d. h. der Gesetzgeber findet kein rechtliches Motiv, diese Art Gütervermehrung für juristisch gerechtfertigt zu erklären. Denn es handelt sich um einen Rechtsverlust, der nicht nach den sonst das Recht beherrschenden Regeln eingetreten ist: Erwerb eines

---

[1]) Gneist, S. 121 ff. — Bähr, S. 34 ff. — Lotmar, S. 31 ff. — Windscheid, S. 50 ff. — Schlossmann, S. 32 ff.

[2]) Bähr, S. 11 ff. — Liebe, S. 73 f. — 347. — Schlesinger, S. 4 ff. — Witte, S. 55 ff.

[3]) Leonhard in Pauly-Wissowa III. s. v. causa.

[4]) Leonhard in Gruchot 38 S. 505. —

Gegenvortheils oder Verzicht auf einen solchen. — In diesem Sinne berührt sich also die rechtsgeschäftliche causa mit der nicht rechtsgeschäftlichen; von beiden ist — wie wir sehen werden — die Rede in der Wendung „condictio sine causa", insofern sich die Bereicherungsklagen gegen den auf rechtsgeschäftlichem wie auf nichtrechtsgeschäftlichem Wege eingetretenen Vermögenserwerb richten. —

So ist uns nunmehr causa zu einem Rechtsbegriffe geworden: es ist der rechtlich zureichende Grund, die vom Rechte verlangte Motivirung.

Der Angelpunkt der ganzen Lehre von der causa liegt in der Rechtserheblichkeit dieses Begriffes; nur insoweit und deswegen kommt sie für den Richter bei der Erwägung des einzelnen Falles, für den Gesetzgeber bei der Erwägung allgemeiner Verhältnisse in Betracht.

Nun sind die von uns ausgeschiedenen Zweckvorstellungen (Motive) nicht deshalb unerheblich, weil die Partei sie nicht auf den Geschäftsinhalt bezieht — einer derartigen künstlichen Sonderung ist eine urwüchsige Kraft wie die in den psychischen Funktionen sich bethätigende selbst nicht fähig, — sondern nur deshalb unerheblich, weil der Gesetzgeber ihre Aufklärung bei den konkreten Geschäften nicht verlangt, weil sie für das Recht „Imponderabilien" sind, d. h. auf der Waage der Themis nicht gewogen werden [1]. Nur die auf den Geschäftsinhalt gehenden Zweckvorstellungen beachtet die Rechtsordnung; für sie sind diese Vorstellungen die „Hauptzwecke," alle andern nur Nebenzwecke, und diese Sonderung liegt im „Zwecke des Rechts." — Denn es ist doch „an die alte Wahrheit zu erinnern, dass psychologische Begriffe als solche noch nicht Rechtsbegriffe sind, noch mit ihnen identificirt werden dürfen [2])."

Die Rechtserheblichkeit der nicht rechtsgeschäftlichen causa liegt ebenfalls im Zwecke des Rechts: sie ist die Ausgleichung eines entstandenen Rechtsverlustes nach den für den Rechtserwerb sonst geltenden Vorschriften. —

In beiden Fällen aber forscht der Gesetzgeber nach der Vorgeschichte eines Rechtserwerbes, falls er nicht gerechtfertigt ist

---

[1]) Lenel in ACPra. 74, S. 230 ff. —

[2]) Hartmann in ACPra. 85, S. 1 ff. —

durch eine rechtlich erhebliche causa, nach allen den Umständen, die ihn rechtlich hervorrufen, nach einer „rechtlich bedeutsamen Ursache[1]).“ Hiermit kehren wir zugleich zur allgemeinsten Bedeutung von causa überhaupt zurück; wie es dort auf alle vor dem Ereigniss liegenden Umstände hinweist und im Gegensatze zu den facta (effecta) steht[2]), so weist es hier in juristisch-technischer Bedeutung auf diejenigen Umstände hin, die den eingetretenen Vermögenserwerb (factum) rechtlich bedingen, juristisch rechtfertigen können. —

IV. Abgrenzung der juristisch-technischen Bezeichnung von der allgemeinen.

Nach der Herausschälung des Rechtsbegriffes causa erkennen wir, dass die römischen Juristen einen juristischen Begriff bloss mit philosophischem Namen bezeichnet haben. Es handelt sich also im letzten Grunde um die Feststellung der Grenzgebiete zwischen Philosophie und Jurisprudenz; das wird häufig genug in der juristischen Litteratur, und besonders auch in der Lehre von der causa nicht beachtet, da eben „eine scharfe Grenzscheide zwischen beiden Wissenschaften noch immer nicht gezogen ist[3]).“ — Doch die Zwecke jeder Wissenschaft sind verschieden, und so auch diejenigen der Philosophie und Jurisprudenz; die Aufstellung der Begriffe und demnach die Eintheilung des Systems richtet sich nach diesen verschiedenen Zwecken und spiegelt diese Verschiedenheit wieder. Philosophische Begriffe, die zur Erkenntniss der Gestaltung und des Zusammenhanges der Dinge aufgestellt sind, werden zwar in andern Wissenschaften nicht unbeachtet bleiben, aber sie erhalten hier eine besondere Prägung zu den besonderen Zwecken der Wissenschaft[4]).

[1]) Leonhard in Pauly-Wissowa III. s. v. causa unter No. 2. —

[2]) S. o. Seite 18.

[3]) Leonhard Studien Heft I, S. 43: „Man erreicht freilich dieses Ziel nicht durch Vernachlässigung der exakten Philosophie, sondern durch ihre Pflege.“

[4]) Vergl. die Auffassung Paulsen's in Einleit. i. d. Philosophie. (2. Aufl. 1893), S. 3 ff. 15 ff. „Die Philosophie . . . Inbegriff menschlicher Erkenntniss.“ — „Alle Wissenschaften sind Glieder eines einheitlichen Systems. Jede Wissenschaft erforscht einen bestimmten Ausschnitt oder Querschnitt der Wirklichkeit.“

Fragen wir nun schliesslich, welches praktische Bedürfniss die römischen Juristen trieb, den rechtlichen Kausabegriff zu formuliren, so liegt wohl die Antwort in der Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts. Diese begann mit den abstrakten streng formellen Geschäften, an deren äusseren objektiven Thatbestand die Rechtsordnung den Rechtserwerb ohne Rücksicht auf subjektive Vorstellungen anknüpft; man kann diese Zeit als das in der Rechtsentwicklung jedes Volkes eintretende formalistische Stadium bezeichnen. Je weiter nun die Rechtsentwicklung in das intellektuelle[1]) oder materielle Stadium eintrat, desto grösser wurde das Bedürfniss, den Zweck jener abstrakten Geschäfte aufzudecken[2]), um Schutz gegen unerlaubte Geschäfte geben zu können. Diese Nachforschung nach dem Zwecke konnte nicht weiter gehen, als sie vom Standpunkte des Rechts überhaupt für Vermögensübertragungen stattfindet: nämlich ob diese geschehen einmal zum Zwecke der Erlangung eines Gegenvortheils oder eines Rückgabeanspruchs, das andere Mal zum Zwecke der Erweisung einer Liberalität. — Auf diesem Wege gelangte causa zu einer besonderen juristischen Bedeutung: die juristische Rechtfertigung einer Veräusserung oder Verpflichtung.

V. Eintheilung der rechtsgeschäftlichen causa im besonderen.

Der so gewonnene und umschriebene Rechtsbegriff causa kann nun zur Bezeichnung aller Zweckbestimmungen gebraucht werden, die überhaupt den Typus von vermögenmindernden Geschäften bestimmen: so die Absicht zu schenken, eine Verbindlichkeit zu erfüllen oder zu erzeugen, den Empfänger zu einer Gegenleistung zu bewegen, der Bedingung einer letztwilligen Verfügung nachzukommen u. a. m.[3]). Nach einer früher herrschenden

[1]) Diesen Ausdruck verwendet Heusler, Instit. d. d. Pr. R. (1885) Bd. I. § 12. —

[2]) Dies und die Verdrängung der abstrakten Geschäfte durch erforderliche Konkretisirung spiegelt sich in der vielumstrittenen l. 25 § 4 D. de probat 22,3 wieder. — Dernburg, Pand. II. § 22 Anm. 6 spricht von dem „Grabgeläute der abstrakten Stipulationen." — Bähr, S. 280 ff. — Gneist, S. 198 ff. — Windscheid, Pand. II. § 318. Anm. 4 und die dort Citirten und § 412b Anm. 2.

[3]) Windscheid, Pand. I, § 98. Anm. 1. — Windscheid, Vorauss. S. 88 ff. — Witte, S. 58 ff. — Bähr, § 10. — Voigt, S. 493 ff.

Meinung[1]) und im Anschluss an einige Quellenstellen[2]) sollen diese juristisch erheblichen Absichten auf eine Dreitheilung zurückgeführt werden können: animus donandi, solvendi und credendi; indessen ist diese Eintheilung weder symmetrisch noch umfassend. Denn es musste einmal dem animus donandi ein dem animus solvendi und credendi übergeordneter Begriff der Entgeltlichkeit entgegengesetzt werden; ferner finden in dieser Eintheilung Bestellung einer dos oder einer arrha und das condicionis implendae causa datum seitens des Erben keinen Platz[3]). Wenn überhaupt eine alle Fälle umfassende Eintheilung möglich ist, so dürfte unter Verwerthung von l. 52 und l. 65 § 2 de cond. ind. 12, 6 den Ausführungen Bährs §§ 9—11 zu folgen sein, welche — für unsere Zwecke kurz gefasst — folgendes ergeben:

Eine Eigenthumsübertragung wird vorgenommen entweder

I. um ihrer selbst willen, als Selbstzweck, donatio oder

II. unter Beziehung auf einen anderweiten Zweck.

Dieser kann sein:

1. Begründung eines Forderungsrechts, (causa futura)
2. Tilgung eines bestehenden Forderungsrechtes (causa praeterita)
3. eine abstrakt gegenüberstehende Thatsache: verabredete Gegenleistung oder Ereigniss zufälliger Art[4]).

Diese Eintheilung ist umfassend; es können ihr — unter No. II, 3 — die vorhin ausgeschlossenen Fälle der Bestellung

---

[1]) Meyerfeld, S. 28 ff. — Unterholzner, Verj.-Lehre § 108. — Puchta, Pand. § 148. § 281. Instit. § 271. — Liebe, S. 86 ff. — Gneist, S. 118 ff. — Schlesinger, S. 5—7. — Bekker, Pand. II, S. 149.

[2]) l. 20 D. de R.C. 12, 1. — l. 36 D. de A.R.D. 41, 1. — l. 65 § 4 ad. S.C. Treb. 36, 1. — l. 49 D. de solut. 46, 3. — Ähnlich l. 55 D. de obl. et act. 44, 7. — l. 19 § 4 D. de donat. 39, 5. — Bähr meint, diese Stellen geben die Gründe „mehr beispielsweise als ex professo" an. S. 34. — Ebenso erkennen die Dreitheilung nicht als erschöpfend an: Windscheid, Vorauss. S. 89, Pand. § 98. Anm. 1. — Erxleben, I. S. 33. II. S. 88. — Arndts, Pand. § 145. — Dernburg, Pand. § 94, Anm. 3. — Regelsberger, I. S 608. — Wendt, § 39.

[3]) Nichts gebessert ist durch die von Schlossmann S. 37, Anm. 59 vorgeschlagene Theilung in animus donandi und acquivendi. Zwar ist diese Theilung symmetrisch, wo bleiben aber auch hier dos und arrha?

[4]) l. 35 § 3 de mort. c. donat. 39, 6: . . . ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut L. Titius aut ut aliquid obtingat.

einer dos, einer arrha und das datum condicionis implendae causa sehr wohl unterstellt werden.

§ 5. Deutsche Bezeichnung für Rechtsgrund im subjektiven Sinne.

Wir sehen aus dieser Feststellung der Ausdrucksweise, dass weder deutscher noch lateinischer Sprachgebrauch eine feste Abgrenzung des Begriffes „Rechtsgrund“ geben. Einmal werden mit diesem Ausdrucke direkte Gegensätze bezeichnet: die objektive Thatsache mit ihren rechtlichen Folgen und der subjektive Grund für den handelnden Menschen; andererseits wird durch Anwendung des Ausdrucks im subjektiven Sinne nicht diejenige Unterscheidung herbeigeführt, die von grundsätzlicher Wichtigkeit für alle Rechtsgeschäfte ist: die Unterscheidung von juristisch erheblichen und unerheblichen Gründen[1]).

Die Schwierigkeit, die der Aufstellung einer juristisch-technischen Bezeichnung entgegentritt, liegt darin, dass psychologisch von erheblichen oder unerheblichen Zweckvorstellungen nicht gesprochen werden kann, da der Vorgang in der Seele des handelnden Subjekts, die Vorstellung des gesetzten Zweckes und demgemäss sein Wille, zu dessen Verwirklichung die Erklärungen von ihm abgegeben werden, völlig einheitlich ist.

Indessen bedarf — wie wir sehen — die Rechtswissenschaft eines unterscheidenden Kriteriums und daher auch einer sprachlichen Hervorhebung, welche dieser Unterscheidung gerecht wird. Es ist ein Erfahrungsgrundsatz, dass von dem handelnden Subjekt nicht bloss die ein für alle Mal von der Rechtsordnung aufgestellten Begriffsmerkmale des betreffenden Rechtsgeschäfts gewollt werden, sondern in jedem Falle noch etwas darüber hinaus; so kaufe ich das Kleidungsstück nicht bloss, um den juristischen Thatbestand des Kaufgeschäfts zu vollenden, sondern auch, um mich damit gegen Kälte zu schützen. Das Kaufgeschäft, das ich allerdings auch „will“, soll nur Mittel zum Zweck sein. Psychologisch ist nun diese letztere Zweckvorstellung das hervor-

[1]) Ohne diese Unterscheidung vorzunehmen, spricht Arndts in Krit. Überschau IV, S. 223 von einem „Motiv“, das zugleich den „juristischen Charakter des Rechtsgeschäfts näher bestimmen mag.“

springende, juristisch erscheint sie unwesentlich und nur jener auf die Vollendung des Kaufgeschäfts und seines Thatbestandes gerichtete Wille erheblich.

Die hier sich deutlich widerspiegelnde Verschiedenheit ist in dem verschiedenen Zwecke beider Wissenschaften, der Philosophie und der Jurisprudenz begründet.

Es hat nicht an Versuchen gefehlt, auch sprachlich eine Grenzscheide zu ziehen, und für den den Juristen allein interessirenden Beweggrund eine besondere Bezeichnung einzuführen.

Windscheid[1]) bringt als technische Bezeichnung „Voraussetzung[2])" in Vorschlag und identificirt diese mit der „ersten Absicht, hinter der möglicherweise andere Absichten stehen können." Keine von beiden vorgeschlagenen Bezeichnungen hat Erfolg gehabt. Die Voraussetzung soll als eine Selbstbeschränkung des Willens eine unentwickelte Bedingung sein und demnach nicht auf die Existenz, sondern erst auf die Wirksamkeit der Willenserklärung Einfluss haben. — Das ist aber kein festes Kriterium; der Begriff „juristische Existenz" dürfte überhaupt nur in dem Begriffe „juristische Wirksamkeit" enthalten sein, da das positive Recht einem Umstande nur zu dem Zwecke juristische Existenz verleiht, um juristisch wirksam zu sein. Es ist Windscheid nicht gelungen, die „Voraussetzung" zu einem festen Begriffe auszuprägen, insbesondere die nothwendige Grenzregulirung zum Begriffe der condicio durchzuführen[3]), so dass er mit keinesfalls sich ausschliessenden Gegensätzen von völlig unbestimmter Bezeichnung operiren muss, wie mit dem „eigentlichen" und dem „wahren" Willen, auf welch letzteren allein sich die Voraussetzung beziehen soll. — Ebensowenig verdient der Ausdruck „erste Absicht" Anerkennung und Empfehlung. Er ist zunächst unzutreffend und insofern irreführend,

[1]) Vorauss. S. 1 ff., 41 ff., 85 ff. — Pand. § 98, N. 1. — Ähnlich Bekker, Pand. II, S. 148: Zweckbestimmung: Die über den ersten Erfolg hinausgehende rechtsverbindlich erklärte Absicht der Betheiligten." — Hölder S. 182. — Buhl, Beitr. S. 13.

[2]) Folgende schwerfällige Definitionen: „Vorauss. ist dasjenige, ohne welches man nicht wollen würde". (S. 7. .) und: „das Vorausgesetzte ist dasjenige, von dem man, obgleich man ohne dasselbe nicht will, die Existenz seiner Willenserklärung nicht abhängig gemacht hat, weil man es eben als seiend, oder gewesen seiend, oder sein werdend vorausgesetzt hat". (S. 8).

[3]) Diese wird vorgenommen von Leonhard, Irrth. 1, § 13.

als von einer zeitlichen Reihenfolge verschiedener Absichten in der Seele des Handelnden nicht gesprochen werden kann, vielmehr bei jeder Handlung nur eine einzige und einheitliche Absicht möglich ist, der sich alle anderen Zweckvorstellungen als gewählte Mittel zum Endzweck unterordnen. Setzt man aber auch die Vorstellungen, welche nur die Mittel zur Erreichung der „einheitlichen“ Absicht umfassen, dieser gleichwerthig zur Seite, und rangirt sie nach ihrer zeitlichen Reihenfolge, so ist die von Windscheid als „erste Absicht“ bezeichnete Zweckvorstellung keineswegs in jedem Falle thatsächlich die erste. In dem von Leonhard[1]) als Beispiel angeführten Kaufabschlusse zum Zwecke geschäftlicher Annäherung ist gerade die Annäherung in der Vorstellung der Kontrahenten das prius, die Vertragswirkung ein posterius. Aus dem gleichen Grunde, weil es sich um einen rein inneren und psychologischen Thatbestand handelt, erklärt Voigt (S. 523) den Ausdruck auch für praktisch unbrauchbar, weil ein solcher Thatbestand die Distinktion einer ersten, zweiten und weiterfolgenden Absicht des Wollenden nicht verträgt und nur in den seltensten Fällen einiger Massen in irgend welcher der Aussenwelt anheimfallenden Erscheinung eine Ausprägung oder nur einen Reflex finden wird, sonach aber regelmässig der prozessualischen Beweisführung und richterlichen Kognition sich entzieht[2]).

---

[1]) Irrthum I, S. 246, Anm. 2.

[2]) Vergl. auch Fitting in A.C.Pra. 52, S. 396, der meint, das mit der Bezeichnung „erste Absicht“ an Klarheit nichts gewonnen ist. — Ebenso den Ausdruck „Voraussetzung“ ablehnend Kipp in Windscheid Pand. I, § 97, Anm. 1 a. E. — Leonhard, Allg. Th., S. 419 u. Irrth. I, S. 243, Anm. 1, S. 246, Anm. 2 wegen der Bezeichnung. Gewiss hat Windscheid, trotzdem ihm misslungen ist, eine feste Bezeichnung aufzustellen, in der Sache selbst auf die hier allein maassgebenden Unterscheidungen hingewiesen — Kindel, S. 17 ff. — Ebenso Lenel in A.C.Pra. 74. S. 213 ff. u. S. 220, Anm. 2 zit. Gegner der Windscheid'schen Voraussetzung. — Boze in A.C.Pra. 78, S. 456 ff. — Pernice, Labeo III, 1, S. 283 u. 286 ff. — Ferner: Komm. Prot. II, S. 2953 erklären, dass für die Beibehaltung der Lehre niemand in der Komm. eingetreten sei, weil sie infolge ihrer Gefährdung der Sicherheit des Verkehrs als Grundlage für ein Gesetzbuch sich nicht eigne. Auch liege die Gefahr vor, dass die Lehre den Unterschied zwischen Voraussetzung und Motiv verwische.

Regelsberger[1]) unterscheidet zwischen Bestimmungsgrund, der dem Rechtsgeschäft den rechtlichen Charakter verleiht, es zur Schenkung, Zahlung u. s. w. gestaltet, und zwischen dem für das Rechtsgeschäft und seine Wirkung gleichgiltigen Beweggrunde. Die Unterscheidung der beiden Bezeichnungen, die allerdings sachlich werthvoll ist, wird aber nur klar durch die beigefügte Erläuterung, sprachlich schützt sie nicht gegen Verwechselungen, da die Ausdrücke Bestimmungs- und Beweggrund völlig unterschiedslos angewandt werden.

Lenel[2]) erklärt für rechtserheblich nur denjenigen Zweck einer Leistung, der für die wirthschaftliche Natur der Leistung selbst bestimmend ist. Indessen ist durch diese Einführung des „wirthschaftlichen Zweckes"[3]), der nur vorliegen soll, wo das Aequivalent für die Leistung im wirthschaftlichen Verkehr als solches anerkannt wird, Klarheit nicht gewonnen. Windscheid[4]) bemerkt zutreffend, dass Klarheit in die Sache erst durch die Negation komme, welche Lenel hinzufüge: alle Leistungen haben einen wirthschaftlichen Zweck, nur nicht die Schenkung. „Man verstehe nur nicht, weswegen denn überhaupt von wirthschaftlichen Zwecken, und nicht einfach von Zwecken, welche die Leistung zu etwas anderem machen, als Schenkung, gesprochen wird." Ebenso verneint Leonhard[5]) den absoluten Gegensatz von „juristisch" und „wirthschaftlich" in der prägnanten Gegenüberstellung: „Alle vermögensrechtlichen Geschäfte haben einen ökonomischen Kern und alle ökonomischen Gedanken sind juristische, sobald sie von einem Rechtssatze bestätigt werden."

Die vorgeschlagenen Epitheta sind also untauglich zur Bezeichnung des vorhandenen Gegensatzes. Eine ausschliessende Unterscheidung ist nicht erreicht; auch das rechtlich unerhebliche Motiv kann wirthschaftliche Bedeutung haben.

1) Pand. I § 167, S. 607 ff.

2) in A.C.Pra. 74, S. 230 u. 79 S. 62 ff.

3) von dem schon Buhl, S. 1 ff spricht. Ebenso Spaltenstein, S. 9 f.

4) in A.C.Pra. 78, S. 170 f. Kindel, S. 6 Anm. 5.

5) in Zeitschr. d. Savigny-Stiftung. Rom. Abth. Bd. XIV, S. 276: „Der Gegensatz des Oekonomischen und Juristischen droht neuerdings zu einem verhängnissvollen Schlagworte zu werden, das sich einstellt, wo Begriffe fehlen."

Lotmar[1]) verwendet die Bezeichnung „begrifflicher Zweck“ und stellt ihn in Gegensatz zu allem übrigen, was die Parteien noch über den Kreis der von der Rechtsordnung normirten Begriffsmerkmale, extra naturam contractus[2]) gewollt haben. — Auch diese Bezeichnung wird nur durch den beigefügten und erläuterten Gegensatz klar, durch dessen Aufstellung man erst darüber unterrichtet wird, welche Absonderung von anderen möglichen Zwecken durch das Beiwort „begrifflich“ getroffen werden soll. Ausserdem beziehen sich Zweckvorstellungen niemals auf ideelle Begriffe, sondern auf reale Thatsachen. — Aber nicht nur diese formellen Bedenken sprechen gegen den hier vorgeschlagenen Ausdruck, sondern auch materielle. Verhältnismässig leicht wird es sich noch bei den fest ausgeprägten, typischen causae feststellen lassen, ob der Zweck sich auf den begrifflichen Thatbestand des Rechtsgeschäfts bezogen habe, und weiter der faktische Vorgang dem Rechtsbegriffe entspreche; erhebliche Schwierigkeiten dagegen wird diese in jedem Falle nothwendige Untersuchung namentlich bei der ob rem datio mit sich bringen, bei der jeder nur irgendwie denkbare Erfolg zur causa der Leistung erhoben werden kann[3]). Hier deckt sich die vorzunehmende Sonderung von „begrifflichem“ und „ausserbegrifflichem“ Zweck mit der auch sonst anzustellenden Untersuchung, was die Parteien im konkreten Falle überhaupt als Inhalt des Rechtsgeschäfts, der besonderen ob rem datio gewollt haben. Es gewährt also in solchem Falle das Forschen nach dem „begrifflichen Zwecke“ keine Erleichterung, und daher die Aufstellung des Ausdruckes selbst keinen Nutzen.

Schliesslich hat Karlowa[4]) den Versuch unternommen, unter Verwerfung aller vorerwähnten Bezeichnungen eine neue Unterscheidung aufzustellen. Nach ihm offenbart sich in der blossen Uebertragung des Eigenthums, der Begründung einer Forderung u. s. w.[5]) nur ein Theilwille, welcher der Ergänzung durch einen auf einen bestimmten Zweck gerichteten Willen zu einem Ge-

[1]) S. 43 ff.

[2]) l. 7, § 5 D 2, 14.

[3]) Karlowa, S. 169 ff.

[4]) „Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung“. Berlin 1877, bes. S. 161 ff.

[5]) Die „dinglichen Verträge“ der Motive z. B.G.B.

sammtwillen bedarf. Dieser Ergänzungswille aber offenbare sich in der „Kausalberedung“, als der „Ursache des betreffenden Theilwillens“. Nur die „Kausalberedung“ gehöre zum Begriffe des Gesammtgeschäfts, andere kundgegebene Zwecke, die nicht etwa durch den Willen der Parteien in die ergänzende Zweckberedung hineingezogen seien, seien gleichgültig. So setze sich immer der Begriff des Gesammtgeschäfts aus der vermittelnden Willenserklärung und der ergänzenden Kausalberedung zusammen, und letztere könne sowohl auf einen faktischen Erfolg, wie auf eine Rechtswirkung gerichtet sein. Obwohl der von Karlowa eingeschlagene Weg u. E. deshalb richtig ist, weil er eine für juristische Zwecke nothwendige Zerlegung der einzelnen Willensregungen vornimmt[1]), scheint uns die Bezeichnung „Kausalberedung“ einen Umstand in die Erörterung einzuführen, der auf falsche Bahnen leiten muss. Es wird hierdurch der Annahme Raum gegeben, als ob in jedem Falle auch Konsens der Parteien über die causa erforderlich wäre, während doch Julian in l. 36 D de aquir. rer. dom. 41,1 ausdrücklich darauf hinweist, dass auch bei einem Dissens der Parteien über die causa das Geschäft keineswegs inefficax sei; trotzdem also kein Vertrag, keine „Beredung“ über die causa zu Stande gekommen, ist das negotium doch eine iusta causa. Das Recht nimmt zunächst nicht auf diesen Konsens der Parteien über die causa Rücksicht, sondern auf die Zweckvorstellung in der Seele des Leistenden. —

Aus der vorstehenden Litteraturübersicht geht hervor, dass man mehr zu einer Übereinstimmung in der Sache selbst, d. i. einer nothwendigen Unterscheidung des Motives von dem rechtlich erheblichen Grunde, gelangt ist, ohne dass man sich aber über feste und allgemein anerkannte Bezeichnungen für die abgegrenzten Begriffe hätte einigen können.

Man wird überhaupt darauf verzichten müssen, dieses Ziel durch Einführung konstanter Bezeichnungen für die Rechtssprache zu erreichen. Grund dieses Verzichts ist aber der schon oben berührte Widerstreit zwischen Psychologie und Jurisprudenz in dieser

---

[1]) Besonders wichtig für den Begriff der abstrakten Geschäfte. Vergl. unten §§ 7 ff.

Frage: was der ersteren Wissenschaft bei dem Wirken der Seelenkräfte des Handelnden als wesentlich erscheint, ignorirt die letztere als unwesentlich. Dieser Widerstreit, in welchem sich die Auffassung des Laien naturgemäss dem Standpunkte der Psychologie zuneigt, hindert die Einführung einer auch dem allgemeinen Sprachgebrauche entsprechenden Bezeichnung. Man wird sich daher dabei begnügen müssen, diejenigen vom Handelnden vorgestellten Zwecke, welche für das Recht allein in Betracht kommen, weil sie den betreffenden Akt überhaupt erst rechtlich charakterisiren, einfach als juristisch erhebliche zu bezeichnen im Gegensatz zu den darüber hinaus liegenden Zwecken, den juristisch unerheblichen. Auch Ihering[1]) begnügt sich in seinen Ausführungen über das Kausalmoment mit einer erläuternden Gegenüberstellung: „nicht bloss Motiv, wenn auch dem Motiv sehr ähnlich, sondern ein Element des Geschäftes selbst, über das beide Parteien einverstanden sind; eine gemeinsame Voraussetzung desselben, ein Moment, welches diesem Akt erst seinen specifisch vermögensrechtlichen Charakter als Zahlung, Schenkung, Zweckgabe u. s. w. aufdrückt, kurz ein zur vollständigen juristischen Charakteristik dieses Aktes völlig unentbehrliches Merkmal.“

§ 6. Rechtserheblichkeit des Motives als Ausnahme.

Gleichwohl ist ausnahmsweise das Motiv im Sinne eines oben für unerheblich erklärten Beweggrundes an einzelnen Stellen des Rechtssystems von rechtserheblicher Wirkung. — Man kann 3 Fälle unterscheiden:

I. Treffend erläutert Ihering[2]) das Motiv folgendermaassen: „Das Motiv ist etwas für die juristische Charakteristik des Geschäfts völlig Unwesentliches. Ob Jemand kauft, weil er die Sache nöthig hat, oder weil er dem Verkäufer einen Dienst zuweisen will, ob er schenkt aus Eitelkeit oder Wohlwollen, ist völlig gleichgültig, der Kaufkontrakt, die Schenkung als solche ist eine juristisch völlig verständliche Thatsache, welche die Frage nach dem Warum in einem Juristen garnicht hervorruft.“ — Demnach gilt als

---

[1]) Geist III 1, S. 207 f. — Vergl. auch Puchta, Vorl. I, S. 128. — Voigt, S. 25 ff. S. 81.

[2]) Geist d. röm. R. III. 1, S. 207.

oberster Grundsatz, dass Geltung und Wirkung der Rechtsgeschäfte von derartigen Beweggründen, die den Urheber des Geschäfts bei seinem Abschlusse geleitet haben, unabhängig ist; mögen sich auch die gehegten Erwartungen und Voraussetzungen nicht erfüllen, das einmal abgeschlossene Geschäft verliert seine Wirkung nicht.

Dies ist jedoch nur der Grundsatz; Ausnahmen von ihm sind dadurch möglich, dass dem Motiv eine die Wirkung des Geschäfts beeinflussende Stellung eingeräumt ist. Es ist dies dann der Fall, wenn das Motiv zum Geschäftsinhalte erhoben wird.

Ausschlaggebend in dieser Hinsicht ist die Erörterung Julians in der l. 2 § 7 D. de donat. 39,5. Er führt als Beispiel an: ich habe dem Titius 10 geschenkt, damit er sich davon den Stichus kaufe; er erklärt es facti magis quam iuris quaestio, für eine Aufgabe der Interpretation des Parteiwillens, ob unbeachtliches Motiv oder ein für den Inhalt dieses Geschäftes wesentlicher Bestandtheil vorliege, indem er ersteres mit causa, letzteres mit condicio bezeichnet [1]).

Es kommt also alles darauf an, ob das Motiv dem Rechtsgeschäfte einverleibt, die causa conditionaliter cognitata ist, ob der dem Motiv entsprechende Erfolg nach der Absicht des Gebers zu der Leistung in einem bedingenden Verhältnisse stehen soll. Es ist dies das weite Gebiet der ob rem datio, bei der es häufig sehr zweifelhaft sein kann, ob der vorausgesetzte Erfolg als ein ausserhalb des Geschäftsinhalts stehendes Motiv oder gradezu als Bedingung der Willenserklärung gemeint sei. Der Zweifel ist allein lösbar durch die Interpretation des Parteiwillens, insbesondere der Absicht des Gebers, die irgendwie erklärt sein muss, sei es ausdrücklich durch Beifügung eines Modus, pactum adiectum, condicio, oder stillschweigend durch Bezugnahme auf vorausgesetzte Umstände, z. B. datio s. promissio dotis, legatum poenae nomine relictum, die Leistung condicionis implendae causa. Lässt sich eine derartige Absicht des Gebers feststellen, so ist insoweit diese Absicht, dieses Motiv rechtserheblich. Es umfasst also — worauf es für unsere

[1]) Ebenso l. 3 C. l. 9 §§ 5, 6 D. 39,5. — l. 22 C. 8,54. — l. 25 C. 2,4 — l. 5 C. 4,64. — l. 5 § 9 D. 23,3. — l. 8 § 7 D. 28,7. — l. 1 C. 6,45 — l. 71 § 1 D. 35,1.

Erörterung ankommt — dieses rechtlich erhebliche Motiv sowohl das als besondere Nebenbestimmung angehängte (zusätzliche) Rückgabeversprechen z. B. pactum adiectum des Rückkaufs, wie auch die Voraussetzung der Abwesenheit eines Rückforderungsanspruchs, z. B. Vorliegen eines debitum bei der solutio[1]).

II. Ein zweiter Fall, in welchem die Rechtserheblichkeit des Motives ausnahmsweise hervortritt, liegt vor bei den condictiones sine causa. Der Begriff ist jedoch hier insofern enger wie im ersten Falle, als sich die Rechtserheblichkeit des Motives, die causa in diesem Sinne bei den Kondiktionen nur auf den durch die Leistung bestimmten und aus ihr sich ergebenden rechtlichen Grund, nicht auch auf den in der Zusatzbestimmung enthaltenen Zweck bezieht, als die Leistung hier nur gemacht wird unter der Voraussetzung der Abwesenheit eines Rückforderungsanspruchs[2]) (besonderer Fall des ob causam datum) und nicht mit der Zusatzbestimmung eines Rückgabeversprechens. Denn im letzteren Falle steht nicht die Kondiktion, sondern der betreffende auf dem pactum adiectum beruhende Rückforderungsanspruch (z. B. Rückkauf) zur Verfügung.

III. Der dritte Fall der Rechtserheblichkeit des Motives liegt vor bei der Sonderung des abstrakten Geschäfts vom konkreten und bei dem Zwange, jenes zu konkretisieren[3]). Das abstrakte Geschäft schweigt über die Entgeltsbestimmung; wir erfahren zunächst nichts darüber, ob Begründung oder Aufhebung eines Rechts oder Schenkung den Zweck des Geschäfts bildet. Dieser Zweck gehört vielmehr im Gegensatze zum konkreten Geschäft, dessen Bestandtheil er bildet, nicht zum Inhalte des abstrakten Geschäfts, diese causa ist ausgeschieden und in die Stellung des Motives zurückgedrängt[4]). Dieses Motiv aber wird dann wieder beim abstrakten Geschäft rechtserheblich, wenn es irgend wie — namentlich im Prozess bei zulässigen Einwendungen des

[1]) Vor der Verwechslung beider warnt Leonhard, Allg. Th. § 92 sub. I u. II.

[2]) Das Nähere unten Th. IV.

[3]) Vergl. namentlich l. 25 § 4 D. de probat. 22,3.

[4]) Über diese Operation siehe Näheres gleich in § 7.

abstrakt Verpflichteten — aufgedeckt werden muss, wenn es nothwendig wird ostendere, quod in cautionem (sog. indiscretam) deduxit[1]). Dann aber umfasst dieses Motiv eben nur die Entgeltsbestimmung, und nichts weiter, vor allem nicht jeden anderen durch das Rechtsgeschäft bestimmten rechtlichen Grund, wie im Falle zu II. — Der Begriff dieses rechtserheblichen Motives ist also wieder enger als derjenige des zweiten Falles.

Bezüglich aller drei erwähnten Fälle aber lässt sich feststellen, dass diese drei hier maassgebenden Begriffe des Motives nur psychologisch und durch das allgemeine Merkmal der Rechtserheblichkeit identisch sind, dagegen juristisch nach der Art ihrer Erheblichkeit verschieden: denn No. I ist weiter als No. II und No. II wieder weiter als No. III.

[1]) l. 25 § 4 D. de probat 22,3. — Vgl. oben S. 27 Anm. 2.

II. Theil.

Die Unterscheidung von abstrakten und kausalen Rechtsgeschäften.

§ 7. Begriff des abstrakten Geschäfts.

Haben wir im vorigen § das Kausalmoment im Gegensatz zum Motiv als erheblich und nothwendig für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts anerkannt, so scheinen wir diese errungene feste Stellung wieder aufgeben zu müssen, wenn wir auf die Erscheinung des sog. abstrakten Rechtsgeschäfts stossen[1]).

Die Entwicklung des römischen Rechts zeigt eine deutlich wahrnehmbare Hinneigung zur abstrakten Geschäftsform. Abstrakte Eigenthumsübertragungen in der Form der allmählich zu einer imaginaria venditio gewordenen mancipatio und der in iure cessio, abstrakte Begründung obligatorischer Rechte in der Form des nexum, der stipulatio und des Litteralkontraktes vermitteln in ausgiebiger Weise den wirthschaftlichen Verkehr und scheinen, da bei diesen Geschäften gerade von der causa abstrahiert und sie für unerheblich erklärt wird, genugsam Beweis

---

[1]) Anm. Was den Ausdruck anbelangt, so ist wohl der oben gewählte der jetzt am meisten übliche. Man spricht auch von formellen im Gegensatz zu formlosen Verträgen (materiellen). Die Vorschläge von Thöl (Wechselr. § 149: „Summenversprechen — Schuldverspr.)“ Windscheid (Pand. II. § 319: „reiner-individuell charakterisirter Vertrag“), Witte (Ber.-Kl., S. 251: „einseitiger — zweiseitiger Konsensualvertrag), von Fitting (ACPra 52, S. 392), Buhl, (Beitr., S. 2 ff.) und Spaltenstein (S. 10: „spezifisch juristische Geschäfte — Wirthschaftsgeschäfte“) haben Anklang und allgemeine Anwendung nicht gefunden. — Bähr, S. 29 ff. unterscheidet noch logisch richtig, aber in der Ausdrucksweise gekünstelt zwischen „negativ-formellen“ und „positiv-formellen“ Verträgen; bei den ersteren soll das Lossagen von der Materie (causa) rein negativ, bei den letzteren nur durch Verwendung einer genau bestimmten positiven Form ermöglicht werden.

gegen die im vorigen § festgestellte Erheblichkeit der causa zu erbringen. — Indessen geht doch neben der Anwendung dieser abstrakten Geschäftsformen diejenige der allmählich zu festen Typen ausgeprägten materiellen Geschäfte einher, die man auch im römischen Recht als die Regelform bezeichnen kann, da ihre Normirung an die natürliche Gestaltung des Verkehrs anknüpft.

Ebenso erscheinen auch im modernen Rechte als Regelform die materiellen Geschäfte, als Ausnahmeform die abstrakten (Wechsel, Schuldversprechen, Schuldanerkenntniss u. s. w.), welche in der weiteren Rechtsentwicklung aber keineswegs verschwinden, sondern eine scheinbar nothwendige Ergänzung der materiellen Geschäfte darstellen.

Da sie aber Ausnahme von der Regel sind, sind wir nicht genöthigt, den aufgestellten Grundsatz von der Rechtserheblichkeit der causa wieder aufzugeben.

Dies wird auch durch die nun nothwendige Untersuchung über Entstehung und Begriff des abstrakten Rechtsgeschäfts bestätigt werden.

Zunächst ist klar, dass die psychologische Struktur des Aktes, durch welchen ich einen Wechsel über 100 ausstelle oder einen Kaufpreis von 100 verspreche, dieselbe ist. Das nackte Versprechen 100 zu zahlen, ist psychologisch ein Unding, denn auch bei der Übernahme einer derartigen abstrakten Verpflichtung, welche keine causa erwähnt, sind Zweckvorstellungen in mir lebendig, welche für mich die Ausstellung des Wechsels als Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zweckes — d. i. wieder Erlangung irgend eines Äquivalents oder Erweisung einer Liberalität — erscheinen lassen. Ein Handeln ohne solchen Zweck wäre sinnloses Handeln und daher bei dem vernünftigen Menschen undenkbar[1]). Demnach kann der Unterschied zwischen abstrakten und kausalen Geschäften nicht im Willen des Erklärenden liegen, „da auch bei dem sog. abstrakten Geschäfte die Entgeltfrage erwogen oder besprochen wird, sondern lediglich im Inhalte der abgegebenen Erklärungen[2]).“

[1]) **Ihering**, Geist III 1, S. 209 „. . . . kein Mensch verspricht ein dare oportere ohne sich darüber klar zu sein, ob er dies thut um zu schenken, zu novieren, eine Gegenleistung hervorzurufen u. s. w.“ — **Regelsberger** Pand. I § 167. — **Bähr**, S. 12. — **Liebe**, S. 124. — **Gneist**, S. 122.

[2]) **Leonhard**, Allg. Th. S. 265 f.

Die Rechtsordnung begnügt sich aber mit diesem — psychologisch unverständlichen — Inhalte.

Sahen wir doch schon im vorigen §, wie sie auch beim kausalen Geschäft das stets vorhandene Motiv grundsätzlich in das rechtlich unerhebliche Gebiet verweist und nur die auf den unmittelbaren, juristisch wesentlichen Zweck gerichtete Vorstellung des Handelnden beachtet. Beim abstrakten Geschäft geht die Rechtsordnung noch einen Schritt weiter: auch diese eben für wesentlich erklärte Zweckvorstellung wird fallen gelassen und in dasselbe rechtlich unerhebliche Gebiet, wie das Motiv, verwiesen. So wird bei der mancipatio und in iure cessio Eigenthum übertragen, bei der stipulatio und dem Wechsel ein Forderungsrecht begründet, ohne dass wir erfahren und wegen Wirksamkeit des Geschäfts zu erfahren nöthig hätten, ob der Rechtsgrund des Geschäfts (causa) Kauf, Zahlung, Schenkung u. s. w. gewesen ist.

Offenbar ist es ein künstlicher Abstraktionsprozess, der hier vom positiven Rechte vorgenommen wird; Ihering[1]) bezeichnet ihn als eine Vereinfachung des Thatbestandes durch die analytische Ausscheidung des Kausalmomentes.

Diese Vereinfachung des Thatbestandes ist sehr erheblich: es wird erreicht, „dass bei dem Urtheile über den nächsten Erfolg eines solchen Rechtsgeschäfts nur gefragt werden darf, ob die Parteien den Eigenthumsübergang, die Wechselverpflichtung u. s. w. gewollt haben, nicht aber, zu welchem Zweck; noch weniger, ob der Zweck erreicht ist[2])."

Vom Standpunkte der Gesetzgebung aus besteht kein logisches Hinderniss, aus der Gesammtheit der innerlichen Vorgänge in der Seele des Handelnden das Kausalmoment auszuscheiden; denn es giebt hierfür offenbar zweierlei Wege, um einem Akte Rechtsgiltigkeit zu verleihen. — Entweder wird der Inhalt dieses Aktes von vornherein genau bestimmt, und daher auch der Wille des

---

[1]) Geist III 1, S. 206 ff. — Bähr, S. 21 f.

[2]) Regelsberger, Pand. I, S. 608. — Dasselbe meint Lenel, (Jahrb. f. Dogm. 19, S. 198 ff.) wenn er darauf hinweist, dass — im Gegensatz zu den sachenrechtlichen Geschäften, bei denen es sich nicht um Parteizwecke wirthschaftlicher Natur handele — bei den abstrakten Geschäften, wie Wechselhingabe, mancipatio, stipulatio u. a. die Parteien bes. an die juristischen Folgen zu denken hätten. —



Handelnden über diesen nothwendig zu erfüllenden Inhalt, über den „Rechtsgrund“ für einen untrennbaren Bestandtheil des Aktes erklärt: so im Obligationenrecht durch Aufstellung bestimmter Vertragstypen mit gesetzlich normierten Merkmalen; oder dem Akte wird rechtliche Giltigkeit verliehen lediglich durch seine Form, welche den Akt sofort als rechtlichen charakterisirt und ohne weiteres den Übergang eines Vermögensrechts herbeiführt, ohne Rücksicht auf den Willen über die causa, der jetzt als unerheblicher Umstand erscheint: so bei den genannten abstrakten Geschäften der mancipatio, in iure cessio, stipulatio und des Wechsels. Bei den kausalen Geschäften kommt das positive Recht der allgemeinen Anschauung entgegen, welche die bestimmten Vertragstypen als geeignete und zulässige Faktoren des wirthschaftlichen Verkehrs anerkennt[1]); bei den abstrakten lässt es ausdrücklich zu, dass zunächst darüber geschwiegen wird, ob ein derartiger „geeigneter oder zulässiger Faktor“ vorliegt und verweist — der allgemeinen Anschauung auf diesem Wege wieder entgegenkommend — die Untersuchung darüber in die Form besonderer Rechtsmittel. — Die Möglichkeit also einer derartigen künstlichen Abstraktion wird geboten durch Einführung einer besonderen für das Rechtsgeschäft bestimmten Form; diese ersetzt die causa und wird selbstständig zum Verpflichtungsgrunde[2]).

§ 8. Ansichten in der Litteratur.

Es ist von besonderer Wichtigkeit, die Operation, welche die Rechtsordnung zur Konstruktion des abstrakten Geschäfts vornimmt, erkannt zu haben, und zwar von Wichtigkeit für die Entscheidung der weiter unten zu erörternden Frage, wie es mit dem Geschäft gehalten werden soll, wenn der (psychologisch ja vor-

[1]) Fitting, ACPra 52, S. 398 f.

[2]) Dernburg, Pand. I, S. 2, 18 f. — Leonhard, S. 264 f. — Bähr, S. 12 ff. — Lotmar, S. 43 ff. — Schlossmann, S. 35 ff. — Kindel, S. 3 ff. § 4. — Liebe, S. 71 ff. — Gneist, S. 123 ff. — Schlesinger, S. 8 ff. — Sintenis, 2. Aufl. II, § 96. — Schmid in Leipz. krit. Jahrb. V, S. 869 ff. — Regelsberger, I § 167. — Salpius, S. 483. — Spaltenstein, S. 25 f. Inwieweit eine bestimmte Form zur Durchführung dieses Abstraktionsprozesses unerlässlich ist, siehe bei § 11, über das Dogma des „abstrakten Verpflichtungswillens“.

handene!) Rechtsgrund sich nicht verwirklicht. Ist der Rechtsgrund bei dem abstrakten Geschäft — wie wir meinen — absichtlich und nothwendiger Weise von der Rechtsordnung aus der Reihe der untrennbaren Bestandtheile ausgeschieden, so ist nur logische Folge, dass sein Mangel keinen Einfluss auf die Existenz des Geschäftes auszuüben vermag; eine andere, vorstehende Folgerung nicht berührende Frage ist, ob etwa die Rechtsordnung in solchem Falle Mittel gewährt, um die durch das abstrakte Geschäft thatsächlich vorhandenen Rechtswirkungen auf anderem Wege wieder aufzuheben.

I. Kindel.

Es ist ein Mangel der Ausführungen Kindels, diese Operation der Rechtsordnung nicht genügend gewürdigt zu haben. Schon aus der Begriffsbestimmung der causa, welche nach Kindel das zu lösende oder zu sichernde Rechtsverhältniss auf der einen Seite und das zu begründende Rechtsverhältniss auf der anderen Seite bezeichnet, soll sich sofort als Folge ergeben, „dass kein Rechtsgeschäft ohne Rechtsgrund denkbar ist.“ „Ein Rechtsgeschäft ohne causa ist nichtig . . . Wenn man trotzdem Rechtsgeschäfte, welche der causa entbehren und ihren Zweck verfehlen, als gültige bezeichnet hat, so liegt darin ein innerer Widerspruch. Zwecklose Rechtsgeschäfte zu schaffen, ist nicht Aufgabe realer Jurisprudenz [1]).“ Von diesem Standpunkte aus leugnet dann Kindel einen wesentlichen Unterschied in der juristischen Struktur der Material- und Formalverträge, welche beide in gleicher Weise vom Rechtsgrunde abhängig seien, und giebt als unterscheidendes Merkmal nur an, dass der Formalakt schon durch seine Form Klagbarkeit geniesse und nur die Beweislast des ihm unterliegenden Materialaktes umdrehe. „Diese innige Verbindung der Material- und Formalverträge zeigt denn auch, dass von einer Ablösung vom Rechtsgrunde nie die Rede sein kann [2]).“

Der Hauptfehler Kindels, aus dem sich die übrigen ergeben, liegt in der zu eng gefassten Begriffsbestimmung von causa. Diese erschöpft sich keineswegs bloss in dem bei der Übergabe und dem Versprechen zu begründenden oder zu sichernden oder zu lösenden

[1]) S. 3 und 4.
[2]) S. 14 und 22.

Rechtsverhältniss; diese Definition passt vielmehr nur auf den Übertragungs- oder Versprechensakt selbst, und Kindel verkennt hier die von Bähr mit Recht betonte Beziehung zwischen causa und Gegenleistung. „Auch die Begründung des Eigenthums des Empfängers ist Begründung eines Rechtsverhältnisses. Diese Begründung gehört aber nicht zur causa traditionis, sie ist vielmehr die traditio ipsa, neben die ihre causa tritt [1]."

Von dieser engen Begriffsbestimmung aus musste Kindel allerdings dazu gelangen, jedes Rechtsgeschäft ohne solche causa für nichtig zu erklären, da ihm ja der Traditions- oder Promissionsakt selbst fehlt, d. h. das äussere Ereigniss, an welchem der Gesetzgeber überhaupt das Entstehen, den Verlust oder die Veränderung von Rechten anknüpfen kann. Dieses äussere Ereigniss aber hatten wir oben als den objektiven Rechtsgrund bezeichnet: man sieht also hier bei Kindel deutlich die fehlende Unterscheidung von Rechtsgrund im objektiven und subjektiven Sinne. Daher ist es nicht verwunderlich, dass Kindel das Wesen des formellen Vertrages sehr äusserlich aufgefasst und nur nach seinen prozessualen Wirkungen charakterisirt hat; gerade diese Wirkungen aber sind so auffällig und so abweichend von denjenigen der Materialverträge, dass man unwillkürlich nach dem Grunde dieser Verschiedenheit sucht: man findet ihn in der Zurückdrängung des Rechtsgrundes bei dem abstrakten Geschäft, dessen rechtliche Wirkungen (insbesondere Klagbarkeit!) eintreten ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines Rechtsgrundes. — Kindel unterscheidet offenbar nicht genügend zwischen den Anforderungen der Psychologie und der Jurisprudenz; über die Nothwendigkeit eines „psychologischen Rechtsgrundes" ist, da sie allseitig anerkannt wird, kein Streit; es fragt sich nur, ob sein Vorhandensein, bezw. seine objektive Nichtverwirklichung mit in die rechtliche Erörterung gezogen werden soll, oder ob das Recht für seine Zwecke und gerade für bestimmte Zwecke ohne eine solche Erörterung auskommen kann. Die logische Möglichkeit einer solchen Abstraktion haben wir erwähnt. Wie dadurch „zweecklose Rechts-

[1]) Leonhard in Gruchots Beitr. Bd. 38., S. 503—511. L. weist auch darauf hin, dass Kindel mit sich selbst in Widerspruch tritt, indem er späterhin vielfach von „kausalosen" Geschäften spricht, ohne anzugeben, in welchem Sinne hier „causa" wieder gebraucht ist.

geschäfte" geschaffen werden sollen, ist unerfindlich; jedenfalls ist das kein aus dem Wesen des abstrakten Vertrages sich ergebender Übelstand, da er ebensowohl bei dem materiellen Vertrage vorliegen kann: denn zwecklos ist für den Bauunternehmer der Kauf eines Grundstückes, das er nicht als Bauplatz verwenden kann, und zwecklos ebenso die Übernahme einer Wechselverpflichtung für eine nicht existente Darlehnsschuld. — Es ist auch Kindel nicht gelungen, seine Theorie vom abstrakten Vertrage im Einzelnen durchzuführen und aufrecht zu erhalten. Man beachte nur folgende Stellen: „Aber wenngleich die Tradition ohne Rechtsgrund nichtig ist, so kann aus der Nichtigkeit nicht gefolgert werden, dass das immerhin vorhandene Rechtsgeschäft Rechtsfolgen überhaupt nicht haben könne[1])." — „Daher kommt es, dass selbst ein Wechsel ohne Rechtsgrund ungültig ist, und dem Beklagten gegen den Wechsel alle (?) zivilrechtlichen Einreden zustehen. Aber der Wechsel ist ein Formalakt. Er giebt dem unterliegenden Rechtsverhältnisse Klagbarkeit, trotzdem er den Rechtsgrund nicht enthält. Er dreht ferner die Beweislast um[2])." Die Theorie Kindels scheitert an diesem offenbaren Widerspruche und an der einfachen Schlussfolgerung, dass etwas, was rechtliche Wirkungen hat, auch rechtlich vorhanden sein muss. — —

II. Liebe.

Von richtigen Voraussetzungen geht Liebe[3]) aus, gelangt aber schliesslich zu Folgerungen, die der nothwendigen Unterscheidung von abstrakten und kausalen Verträgen nicht gerecht werden.

Bei der Herleitung des Ursprunges und der rechtlichen Bedeutung der Stipulation (§ 1) deckt er den Gegensatz zwischen dem formalen und materialen Prinzipe im Recht u. E. durchaus zutreffend auf: entweder kann das Gesetz schlechthin an eine mit äusseren

[1]) S. 132 f.

[2]) S. 196. — Endemann in Zeitschr. f. H.R. Bd. 41, S. 242 ff. ruft aus: „Ungiltig und klagbar!!!" vergl. auch die Kritik Hellmann's in Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 34., S. 359 über Kindels Recht an der Sache. — Leonhard a. a. O., (s. S. 40). — Ferner: Kipp, Parteiw., S. 10. Anm. 37.

[3]) Die Stipulation und das einf. Versprechen (1840) und Zeitschr. f. Civilrecht und Proz. XV., S. 197 ff. (1841.)

Merkmalen versehene isolierte Handlung, also an ihre positivrechtliche (iuris civilis) Form Rechtsfolgen knüpfen, oder der Handlung wird Rechtsfolge verliehen in Rücksicht auf „ihre Ursache, ihren Zweck, ihre Beziehung auf andere Thatsachen und Handlungen," mit denen zusammen sie nun „als einzelnes Stück in einem ganzen — als Ganzes mit unterscheidender Bezeichnung versehenen — Rechtsverhältnisse erscheint[1])."

Aber dieser scharf genug festgestellte Gegensatz wird auch von Liebe nicht festgehalten und zum Theil verwischt, indem er fortfährt: in dem Gebiete des ersten (formalen) Prinzips greift das zweite (materiale) folgeweise und secundär ein, weil die Menschen die Handlungen nie um ihrer selbst, sondern um der damit zu erreichenden Folgen vornehmen, und an diese Folgen die anderweiten Thatsachen und Handlungen sich anknüpfen, welche den materialen Bestand der Verhältnisse ergeben; ohne solchen materialen Bestand der Handlung wird die erreichte Folge ebenso charakterlos und gleichgültig erscheinen, als unter gleichen Umständen jede andere Thatsache. Von diesem Standpunkte aus verlangt daher Liebe auch, dass die stipulatio entweder donandi, oder solvendi oder credendi causa abgeschlossen werde; fehle es an einer solchen causa, so gelte auch die Stipulation nicht[2]). Das Ergebniss aus diesen Sätzen ist nicht verwunderlich: dass nämlich schliesslich Liebe bei der Stipulation dem Kläger den Beweis der causa aufbürdet. Hiermit ist aber die vorher gewonnene Gegenüberstellung des formalen und materialen Prinzips wieder aufgegeben, nur um das Kausalmoment nicht zu opfern.

Liebe erscheint die Übertragung eines Objekts in die Herrschaft eines Anderen solange als ungerechtfertigt und deshalb widerruflich, als nicht eine Gegenleistung des Empfängers stattgefunden hat, und zur causa für jene geworden ist. Bis dahin fehlt es der Leistung an einer causa, und der Empfänger hat

[1]) S. 1 ff., S. 73 ff. — Vergl. die tadelnden Ausführungen Voigts, S. 499, die uns in der Sache selbst nicht begründet erscheinen, höchstens bezgl. der von Liebe gewählten Ausdrücke. Richtig ist, dass das Recht das Relationsverhältniss der Ursache zum Rechtsgeschäft nicht berücksichtigt; Liebe meinte auch offenbar „Grund". Wieder Verwechslung von Grund und Ursache!

[2]) S. 2 ff. — 207 ff. d. Aufs.

noch kein Recht sie zu behalten[1]. — Liebe verwechselt einmal die objektive causa mit der subjektiven, indem er nicht bedenkt, dass doch durch die erstere ein formell-rechtlicher Vermögenserwerb eingetreten ist, ferner die Geltendmachung der Nichtigkeit mit derjenigen eines Rückforderungsanspruches, von denen die erstere dinglichen, der letztere obligatorischen Charakter zeigt.

III. Gneist.

Das Wesen des Unterschiedes zwischen Formal- und Materialkontrakten, der in den Ausführungen Kindels vollständig verwischt ist, ist Gneist in seiner Analyse über die „formellen Verträge" (1845) keineswegs entgangen. Indessen ist die Herleitung dieses Unterschiedes nicht mit genügender Klarheit erfolgt und die Zurückdrängung des Kausalmoments zu wenig beachtet worden, sodass Gneist theilweise zu Folgerungen gelangt, welche dem festgestellten Unterschied wenig gerecht werden. — Er erklärt nämlich die „juristische Absicht," d. h. die Selbstbestimmung darüber, ob die Erweiterung des fremden Vermögens dem Handelnden Selbstzweck ist (Schenkung) oder um eines Anderen willen gewollt wird (oneroses Geschäft), für einen integrierenden Bestandtheil sowohl der Willensbestimmung wie der Willenserklärung bei jedem Vertrage, auch dem formellen. Diese juristische Absicht (Rechtsgrund im subjektiven Sinne) liege „nicht in etwas Äusserlichem neben dem Willen, sondern in ihm selbst[2]."

Nach dieser Ansicht aber müsste, da erste Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages consensus ist, auch Übereinstimmung der Kontrahenten über die causa erfordert werden. Im Widerspruch mit dieser Konsequenz, die das Wesen abstrakter Geschäfte überhaupt aufheben würde, erklärt aber Gneist, den Quellen folgend, den Dissens über die causa bei der Tradition für irrelevant[3]. Die Gründe aber für diese Irrelevanz haben wir ent-

---

[1] S. 350 ff. S. 212 d. Aufs. — Dagegen Schlesinger S. 30.

[2] S. 115 ff. 123.

[3] S. 123: „Es schadet daher auch nicht, wenn der Tradent eine andere causa vor Augen hatte, als der Empfänger, sobald nur beide bewusst denselben Erfolg wollen". l. 36 D. de A.R.D. 41,1. Wo bleibt aber beim Tradenten der integrierende Bestandtheil seines Willens über die causa? Vergl. Voigt, S. 506 ff.

wickelt: sie liegen in der Ausscheidung des Kausalmoments, die logisch möglich ist, woraus weiter folgt, dass dieselbe kein integrierender Bestandtheil der Willensbestimmung sein kann. Die „juristische Absicht" liegt wie jede Absicht ausserhalb der Willenshandlung, sie wirkt nur erzeugend und bestimmend auf das Begehrungsvermögen ein und giebt seiner Äusserung eine bestimmte Richtung. Die traditio ist dieselbe und daher in beiden Fällen gewollt, gleich ob ich Geld als Schenkung oder zum Darlehn übergebe; die juristische Absicht afficiert die traditio als Willensäusserung zunächst in keiner Weise. — Die Verkennung der Unerheblichkeit des Kausalmoments bei abstrakten Geschäften führt schliesslich — um auch bei diesen die causa zu retten — Gneist zu den Folgerungen, dass im alten Recht mancipatio und stipulatio die Fiktion einer causa enthalten hätten, die stipulatio im prätorischen Recht zwar als ein formell Gültiges, aber Inhaltloses behandelt worden sei, welches erst durch eine materielle causa seinen Inhalt und praktischen Erfolg erhalten habe. — Aber gerade die Abstraktion von der causa war — wie wir sahen — Zweck und Inhalt dieser Geschäfte[1]).

IV. Bähr.

Dagegen verdienen grundsätzliche Anerkennung die allgemeinen Ausführungen Bährs über den in Rede stehenden Gegensatz. Nach ihm sind materielle Kontrakte diejenigen Verträge, deren rechtswirkende Kraft in der Gesammtheit der Momente gelegen ist, welche den materiellen Inhalt des Vertrages bestimmen, d. h, in dem Verhältnisse der beiderseits daraus hervorgehenden Rechte und Pflichten (causa des Vertrages); dagegen besteht bei den formellen Kontrakten die durch sie begründete Verpflichtung ohne Rücksicht auf den mit ihr korrespondierenden Grund, eine Eigen-

[1]) Gneist, S. 124 ff. 224. — Dagegen: Witte Kr. Vjrschr. 6., S. 344 ff. — Voigt a. a. O. — Spaltenstein, S. 14 ff. Man sollte in der Verwendung von „Fiktionen" in der Jurisprudenz sehr sparsam sein; gewöhnlich meint man damit Umstände, deren Vorhandensein man nach allgemeinen, philosophischen Begriffen für nothwendig erachtet, während die Jurisprudenz auch ohne sie auskommt (z. B. die Fiktionstheorie bei den juristischen Personen.) Es liegt also auch hier wieder eine Grenzverrückung zwischen den Gebieten der Rechtswissenschaft und den anderen Wissenschaften, insbesondere der Philosophie vor. Fiktion einer Thatsache ist genau genommen nichts anderes als rechtliche Überflüssigkeit.

thümlichkeit, welche als ein Lossagen von der Materie oder als eine Abstraktion von der causa sich darstellt. Der materielle Inhalt eines Vertrages erschöpft sich aber nach Bähr in zwei Möglichkeiten: die Vermögensübertragung ist entweder Selbstzweck (Schenkung) oder wird vorgenommen um eines ausser ihr liegenden Zweckes willen (Erlangung irgend eines Gegenvortheils). Diese Rückbeziehung der Vermögensübertragung auf einen juristischen Zweck nennt Bähr die subjektive Seite der causa und erklärt sie für eine psychologische Nothwendigkeit[1]). Die von Voigt[2]) gegen diese Formulirungen gerichteten Angriffe erscheinen uns nicht gerechtfertigt. Wenn dieser den Satz, dass jede Vermögensübertragung einem bestimmten Zweck diene, als den Gesetzen der Psychologie widerstreitend erklärt, welche auch ein zweckloses Handeln anerkenne, so ist doch Bähr diesem Angriffe schon im Voraus begegnet, wenn er in Übereinstimmung mit Liebe[3]) und Gneist[4]) solches „sinn- und gedankenloses Handeln, Akte willenloser, wie im Traume handelnder Personen“ aus der Sphäre des juristischen Handelns ausdrücklich ausscheidet[5]). — Wenn weiter Voigt den Satz über die „Abstraktion von der causa“ mit der Schlussfolgerung verwirft, dass Bähr das Vorhandensein eines Vertragszweckes (subj. causa) für eine Nothwendigkeit erklärt habe, demnach Verträge ohne solche causa nach seiner Theorie eine juristische Unmöglichkeit seien, so hat Voigt übersehen, dass Bähr das Vorhandensein einer subjektiven causa für eine

[1]) Vergl., S. 11 ff. — 15. 17 ff. — 21 ff.

[2]) S. 509 ff.

[3]) S. 124.

[4]) S. 122.

[5]) S. 12. Ebenso auch Arndts Krit. Übersch. II., S. 237. — Witte, S. 53. — Schlesinger, S. 7. — Windscheid, S. 87. — Dagegen meint Salpius, S. 215. Anm. 4, dass derartige Äusserungen, nach welchen eine zwecklose Vermögensübertragung als die Handlung eines Blödsinnigen erscheint, schief seien und das Wesen der Sache verkennen. Im Blödsinn, Schlaf oder Scherz könne man überhaupt nicht mit rechtlichem Erfolge handeln; auch die blosse Eigenthumsübertragung erfordere den bewussten und ernstlichen Willen der Kontrahenten. — Das natürlich, vom Standpunkte der „abstrahierenden Rechtswissenschaft“ aus. Aber psychologisch verständlich ist uns ein derartiger Akt keinesfalls. Salpius hat den Unterschied der Erfordernisse nicht beachtet, welche hierbei Psychologie und Jurisprudenz stellen. vergl. Bähr, S. 13. Anm. 4.

psychologische Nothwendigkeit erklärt hat[1]). Nach unseren Ausführungen aber liegt das Wesen des abstrakten Geschäfts gerade in der Nichtberücksichtigung dieser psychologischen aber nicht juristischen Nothwendigkeit seitens der Rechtsordnung.

V. Salpius.

Salpius[2]) nennt in Übereinstimmung mit dem Vorstehenden das abstrakte Geschäft „ein Produkt der abstrahierenden Rechtswissenschaft;" er nimmt aber insofern einen abweichenden Standpunkt ein, als nach seiner Meinung die herrschende Lehre unrichtiger Weise den Begriff der causa aus der Beschaffenheit des handelnden Subjekts ableite, ausgehend von dem Dogma, dass bei jeder Übertragung von Eigenthum ein Zweck vorhanden sein müsse, für welchen die Sache bestimmt sei, dass also die Willensrichtung des handelnden Subjekts über den blossen Erwerb des Empfängers hinausgehe[3]). Nach seiner Auffassung soll der Gegensatz zwischen abstrakter Leistung (res) und Rechtsgrund (causa) vielmehr auf der Eigenthümlichkeit des Objekts beruhen, auf welche das Geschäft gerichtet ist. Aus einer Reihe konkreter Erscheinungen des lebendigen Verkehrs sei ein gemeinschaftlicher Bestandtheil herausgerissen, um an diesen allgemeine Regeln anzuknüpfen. Es bleibe nach dieser Ausscheidung der zweite Vertragsbestandtheil zurück, die causa als das Residium derjenigen Parteiverabredungen, welche in der abstrakten Vermögenszuwendung nicht zur Erscheinung kommen.

Salpius übersieht, dass es doch im letzten Grunde die Willensrichtung des handelnden Subjekts ist, welche einer Vermögenszuwendung die specifisch juristische Färbung verleiht; erst durch sie tritt z. B. die Zahlung in bestimmte Beziehung zu einem Darlehns- oder Schenkungsvertrage, indem das handelnde Subjekt eine von den Vertragstypen zur Benutzung wählt, welche ihm

[1]) Bähr, S. 13. Anm. 4.

[2]) Novation u. Delegation (1862) §§ 36, 45.

[3]) Salpius erläutert, S. 216: „Wenn wir sagen: die Zahlung ist bestimmt zu einer Schuldtilgung, zu einem Darlehen, zu einer Schenkung, so folgen wir dem gewöhnlichen Sprachgebrauche eines Geschäftsmannes. In der korrekten Ausdrucksweise eines Juristen müssten wir sagen: Die Zahlung ist Bestandtheil eines Schuldtilgungs-, eines Darlehns-, eines Schenkungsvertrages".

die Rechtsordnung zur Verfügung gestellt hat. So muss man gerade — in direktem Gegensatz zu dem Wortlaute bei Salpius S. 215 — die Tradition „als ein fertig existirendes Rechtsgeschäft“ ansehen, „mit welchem nach Laune und Willkür der Parteien operirt werden kann.“

Man denke auch an die Biegsamkeit der römischen Stipulatio, die als Einkleidungsform für alle möglichen Geschäfte benutzt werden konnte. — Im übrigen ist die Bezeichnung der causa als objektiver „Vertragsbestandtheil“ irreführend. Man kann durch sie zu der Folgerung gelangen, dass Dissens über diese causa das Eintreten irgendwelcher Rechtsfolgen verhindern müsse, da consensus über alle Vertragsbestandtheile erste Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages ist, und ein Mangel dieses consensus die einheitliche Willenserklärung überhaupt vernichtet. Gleichwohl räumen die Quellen dem Dissens über die causa nicht diese Einwirkung ein, sondern erklären ihn — wie Salpius selbst ausführt[1]) — sogar bei der Tradition, deren abstrakte Natur bekanntlich bestritten, auch in den Quellen nur theilweise anerkannt ist, für irrelevant[2]) Die Tradition ist insofern ein Kausalgeschäft, als sie die Angabe eines rechtlich erlaubten Zweckes durch den Tradenten, eine iusta causa verlangt: also entweder (ausdrückliche oder stillschweigende) Beziehung auf eine Gegenleistung oder Verzicht auf diese (Schenkung). Nicht wird weiter gefordert eine hinzutretende kongruente Willenserklärung des Empfängers, sodass also die Tradition rechtsbeständig sein kann, nicht aber das durch sie zu vollziehende materielle Veräusserungsgeschäft (Darlehn, Schenkung etc.) infolge mangelnden Konsenses[3]).

[1]) S. 216 Anm. 6.

[2]) l. 36 de aquir. rer. dom. 41,1. — l. 18 pr. D. 12,1

[3]) Es liegt vor eine Verwechslnng von causa alienandi mit causa acquirendi einerseits nnd von causa mit titnlns andererseits, worauf Leonhard wiederholentlich hingewiesen hat (Gruchot 38, S. 503 ff. Instit., S. 316 Anm. 2 u. S. 273). — Ihering in Geist d. röm. R. III, 1, S. 206 ff. weist anf den Doppelcharakter der juristischen Thatsachen hin. „Derselbe Akt, der in der einen Qnalität den Namen mancipatio, traditio führt, heisst in der andern solutio, indebiti solntio, donatio, mutuum u. s. w. In der einen Richtnng kann er bestehen, in der anderen nicht; derselbe Richter, der den Akt als giltige Eigenthumsübertragung anerkannt u. geschützt hat, kann ihn als ungiltige solutio rescindieren.“ — Dieser eigenthümliche Doppelcharakter der juristischen Thatsachen klärt sich aber dadurch anf, dass die

Soll die causa selbst Vertragsbestandtheil sein, so ist sie auch Bestandtheil des in der Vertragserklärung sich verwirklichenden einheitlichen Willens, und es läge dann derselbe Fehler vor, den Gneist begeht, indem er die „juristische Absicht" für einen integrirenden Bestandtheil des Willens erklärt[1]).

Für die Rechtsfolgen des abstrakten Geschäfts ist es gleichgültig, ob zum Zwecke eines Darlehns oder einer Schenkung gegeben worden ist, denn dieser Zweck (causa) ist eben nicht mehr Bestandtheil des abstrakten Geschäfts. Die Rechtsordnung aber muss die Irrelevanz der causa aussprechen, um „die Fäden, mit denen das Verhältniss am Boden festhängt, zu lösen und dasselbe auf eine künstliche Höhe abstrakter Existenz zu heben[2])."

§ 9. Die abstrakten Geschäfte als künstliche Ausnahmeform.

Die abstrakten Geschäfte erscheinen im ausgebildeten Rechte, in dem die Ausprägung der einzelnen konkreten Geschäfte erreicht ist, als eine Ausnahmeform der Rechtsgeschäfte, und zwar deswegen, weil sich gewöhnlich der Güterverkehr und die Vermögensübertragung unter den Menschen in bestimmten typisch ausgeprägten und von der allgemeinen Anschauung für zulässig erachteten Formen abspielt und diese daher als die Regelformen gelten, wie Kauf, Tausch, Schenkung u. s. w. Bähr bezeichnet diese Form bei der Obligation als die „Obligation in ihrem natürlichen Bestande," welcher als das Ursprüngliche zunächst vermuthet werden muss, und bei welchem die Obligation nur zusammen mit dem Rechtsgrunde den als Vertrag bezeichneten Willensakt bildet[3]). — Und allerdings ist dieser Bestand der Obligation insofern das Naturgemässe, als der — juristisch-erhebliche — Parteiwille nur in seiner natürlichen Totalität für wirk-

dinglichen Rechte durch ihren festen und gleichmässigen Inhalt der causa in anderer Weise gegenüberstehen, als die Obligationen, deren Inhalt dem einzelnen Falle angehört und von der causa in erheblichem Masse beeinflusst wird. — Wendt Pand. (1888), S. 95.

[1]) Vergl. vorstehend, S. 43 ff.

[2]) Ihering, Geist d. r. R. III. 1, S. 209.

[3]) S. 167. — ferner §§ 5 und 6.

sam erklärt wird, ferner in Folge des von den Parteien gewählten Vertragstypus und der allgemeinen Kenntniss seiner Erfordernisse am leichtesten eine Kontrolle über die Rechtmässigkeit der Vermögensübertragung stattfinden kann. — Demgegenüber erscheint das abstrakte Geschäft als Ausnahmefoım und als künstliches Erzeugniss des positiven Rechts, das einen Bestandtheil des natürlichen Parteiwillens, das Kausalmoment, ausscheidet nnd einen anderen zu einem selbstständigen Vertrage erhebt. Hierbei ist unbedingt daran festzuhalten, dass es lediglich der Rechtsordnung vorbehalten sein kann, die Voraussetzungen zu bestimmen, unter welchen — als Ausnahme von der Regel — die innige Verbindung zwischen der Vermögensübertragung und dem Rechtsgrunde gelöst wird, und so ein abstraktes Geschäft zur Entstehung gelangt. Dies scheint jedoch Bähr bestreiten zu wollen, indem er von der „freien Bewegung des Willens als dem Grundprinzipe des heutigen Obligationsrechts“ ausgeht und hieraus folgert, dass nun auch dieser Wille die Fähigkeit haben müsse, jene Verbindung des obligatorischen Versprechens mit seinem Rechtsgrunde aufzugeben und das einfache Versprechen isolirt zu einem vollendeten Vertrage zu erheben[1]). — Dies ist offenbar eine Verkennung menschlicher Willensbethätigung. Erklärt Bähr selbst die subjektive causa richtig für eine „psychologische Nothwendigkeit[2]),“ so kann sich der Wille nicht plötzlich von dieser Nothwendigkeit lossagen, oder wie Schlossmann[3]) sich ausdrückt: kann der Wille unmöglich von seinem eigenen Inhalte — und der eine Bestandtheil desselben ist die causa — abstrahiren. „Will ich nur um der causa willen schulden, so kann ich nicht zugleich schulden wollen ohne Rücksicht auf die causa.“ — Das abstrakte Geschäft ist vielmehr — wie Bähr selbst erklärt[4]) — ein „künstlicher Abstraktionsprozess,“ der nicht von einer urwüchsigen Kraft wie dem menschlichen

[1]) Anerk., S. 169 u. weiter: „Denn im röm. Recht hatte er diese Fähigkeit unzweifelhaft im Wege der Formalkontrakte; dem von Formen entfesselten Willen kann aber keine geringere Kraft beiwohnen, als dem an Formen gebundenen.“

[2]) Anerk., S. 13.

[3]) a. a. O., S. 87. f

[4]) Anerk., S. 21.

Willen vorgenommen werden kann, sondern nur von der in den einheitlichen Willensakt eingreifenden Rechtsordnung. Diese sieht für ihre bestimmten (gleich zu erörternden) Zwecke bei den Voranssetzungen, die für die Entstehung des abstrakten Rechtsgeschäftes erforderlich sind, von der causa ab und verursacht so zunächst eine Inkongruenz des wahren Willens der Parteien und des gesetzlich normirten Thatbestandes[1]). Könnte — wie Bähr annimmt — der menschliche Wille sich selber spalten und so selbst die Ausscheidung des Kausalmoments vornehmen, so müsste auch ohne weiteres die Klage aus einem derartigen abstrakten Versprechen in jedem Falle zulässig sein. Diese Folgerung zieht aber Bähr nicht, sondern erklärt — von seinem Standpunkte inkonsequenter Weise — eine solche Klage in der Regel und ohne Hinzutreten weiterer Umstände für unzulässig, weil das abstrakte Versprechen etwas psychologisch Unvollendetes sei und ein einzelnes Willensmoment (das nackte Versprechen), selbst nur das Glied eines Vertrages, nicht für den ganzen Vertrag gehalten werden könne[2]). — Hier wird die Unfähigkeit des menschlichen Willens offenbar, selbständig eine abstrakte Verpflichtung zur Entstehung zu bringen; er bedarf dazu der Sanktion und abstrahirenden Thätigkeit der Rechtsordnung. Erst wenn diese durch positive Vorschrift die Möglichkeit giebt, dass der Gesammtinhalt einer vertragsmässigen Vermögenszuwendung, etwa eines Kaufvertrages, gespalten wird, indem der Käufer die aus ihrem Zusammenhange gerissene abstrakte Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises von 100 selbständig z. B. durch Ausstellung eines Wechsels übernimmt, erst dann ist das Entstehen einer abstrakten Verpflichtung denkbar und möglich. „Ohne die gesetzlich privilegierte Form, welche eine Klage auf abstrakte Hundert ermöglicht, wäre die Trennung nicht denkbar; die Hundert würden immer Kaufgeld bleiben[3]).“

[1]) Vergl. auch Kindel, S. 193, der als Fehler der Bähr'schen Deduktion tadelt, dass sie die von dem pos. Gesetze an die bes. Form geknüpfte vollständige oder unvollständige Umkehrung der Beweislast in der Betonung des blossen Willensmoments auf alle Verträge ausdehnt.

[2]) Anerk., S. 166 — vgl. Witte in Krit. Viertj. Schr. Bd. 6, S. 392.

[3]) v. Salpius. S. 217 ff. 483. Schlossmann. S. 87 ff.

§ 10. Legislatorischer Zweck der abstrakten Geschäfte.

Haben wir bisher die Entstehung und den Begriff des abstrakten Rechtsgeschäfts festgestellt, so bleibt zur weiteren Aufklärung des Unterschiedes zwischen abstrakten und kausalen Geschäften schliesslich noch die Frage zu erörtern übrig, in welch' verschiedener Weise sie ihrem gemeinsamen Zwecke — Befriedigungsmittel für wirthschaftliche Bedürfnisse der Menschen zu sein — dienen.

Schon das römische Recht kennt den Typus des abstrakten Geschäfts; man denke an die bereits erwähnten Geschäfte der mancipatio[1]), in iure cessio, stipulatio und des Litteralkontrakts.

Besonders die klassische Zeit zeigt Neigung zur Verwendung des abstrakten Geschäfts, namentlich der stipulatio, die einerseits infolge ihrer Biegsamkeit, andererseits infolge der Prägnanz ihrer Form jedem rechtlichen Inhalt Aufnahme gewährte. Allmählich erst verschwand der Sinn für das Wesen und die Bedeutung der abstrakten Geschäfte, die in ihrer Formenstrenge erheblich abgeschwächt wurden; Justinian[2]) erschien es als absurdum et tam nostris temporibus quam iustis legibus contrarium, das abstrakte Geschäft in seiner früheren Prägnanz und seine Rechtsfolgen weiterhin zuzulassen.

Auch das deutsche Recht kannte das abstrakte Rechtsgeschäft; es war ein Schuldversprechen giltig auch ohne Angabe eines Schuldgrundes, wenn es nur in der rechten Form abgegeben war. Es ist ein Kennzeichen der Periode des Rechtsformalismus, die sich natürlich auch in der Entwicklung des deutschen Rechts offenbart, dass rechtliche Folgen lediglich nach Erfüllung eines bestimmten formellen Thatbestandes eintreten ohne Rücksicht auf den rechtlichen Zweck, zu dessen Erfüllung der auf diese Weise abstrakt gestaltete Rechtsakt beitragen soll. Aber auch später im mittelalterlichen Kontraktensystem beweist die vielfache Verwendung der Ausdrücke „Geloben, Gelöbniss, gelöbde, loven“ ohne

---

[1]) D. h. in ihrer späteren erweiterten Anwendungsmöglichkeit, wie sie uns bei Gajus entgegentritt. In ihrer ursprünglichen Gestalt ist die mancipatio schon nach dem Wortlaute der Formel („is mihi emptus esto hoc aere“) als ein wirkliches materielles Geschäft anzusehen. Vgl. Jörs in Birkmeyer S. 101.

[2]) In l. 2 C. de const. pec. 4,18.

eine Spezialisirung des Schuldgrundes die praktische Bedeutsamkeit des abstrakten Rechtsgeschäfts [1]). —

Die moderne Entwicklung, insbesondere der Handelsverkehr, hat neue Formen für das abstrakte Rechtsgeschäft geschaffen, den Wechsel und die kaufmännischen Verpflichtungsscheine [2]).

Dieser Entwickelung ist das B.G.B. gefolgt und hat den abstrakten Geschäften in weitgehender Weise Raum gegeben: Schuldanerkenntniss und Schuldversprechen [3]), Annahme einer Anweisung [4]), Ausstellung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber [5]), Grundschuld [6]).

Jedenfalls ist aus dieser Entwicklung überhaupt ersichtlich, dass das abstrakte Geschäft — wenn auch nicht wie im älteren Recht die Hauptform des Rechtsgeschäfts — so doch im modernen Rechte eine anscheinend nothwendige Ergänzungsform des konkreten Rechtsgeschäfts bildet. — Was wird jedoch vom gesetzgeberischen Standpunkte aus mit einer derartigen Ergänzungsform bezweckt und erreicht? —

Es ist eine der wichtigsten und zugleich schwierigsten Aufgaben der Gesetzgebung, eine leichte und erfolgreiche Geltendmachung der Rechte zu ermöglichen. Diese Aufgabe wird im Gebiete des materiellen Rechts am ehesten gelöst, wenn der Thatbestand, die wesentlichen Begriffsmerkmale der Rechte möglichst einfach gestaltet werden: denn je weniger Begriffsmerkmale, desto einfacher der Beweis des gesammten Thatbestandes, desto leichter die erfolgreiche Geltendmachung des betreffenden Rechts. — Nun

---

1) System. Schöffenr. III., 2 c. 133: Beclaget eyn man den andirn umme shlete gelöbde und spricht, das ym der antworter globit habe gelt . . . zu geben, und der antworter frogte, ap der clegir nicht benenen sulde, von wannen dy schulde queme . . . das kan den antwortir alles niht gehelffen, sunder he muss vorsachen adir bekennen. — Sachsenspiegel Landr. I, 7: Swe icht borget oden lovet, die salt gelden, und svat he dut, dat sal he stede halten. — Schwabenspiegel c. 11: . . . und swaz er lobet, das sol er staete hân. — Vgl. v. Gerber System d. d. Pr.R. 7. Aufl. § 195. Stobbe, D.Pr.R. III. § 167. — Heusler, Instit. II. (1885) S. 245 ff.

2) Artt. 301, 302 H.G.B. v. 1861. § 362 H.G.B.

3) §§ 780 –782.

4) § 784.

5) §§ 793, 796.

6) §§ 1191, 1199.

ist bereits erwähnt (S. 37 ff.), in wie erheblicher Weise bei den abstrakten Geschäften der Thatbestand vereinfacht wird durch die „analytische Ausscheidung des Kausalmoments:“ zurückgeblieben ist lediglich die Voraussetzung, dass die Betheiligten die Eigenthumsübertragung, die bestimmte Verpflichtung als solche gewollt haben. Und nur vom Nachweise dieser Voraussetzung hängt zunächst die prozessuale Durchführung des Rechtes ab; er genügt zur Klagebegründung. Diese bedeutende Erleichterung wird erst klar, wenn man z. B. im Gegensatz dazu sich die Schwierigkeit des Beweises eines auf derivativem Wege erlangten Eigenthums im römischen Recht vorstellt: jeder einzelne der oft vielfachen Successionsfälle vom originären Eigenthümer an bedarf des Beweises[1]).

Aus diesem Gegensatze in der Geltendmachung der beiden Geschäftsarten, aus dem Erfolge der Operation, welche die Rechtsordnung bei der Aufstellung des Begriffs der abstrakten Geschäfte vornimmt, offenbart sich uns auch der damit verfolgte Zweck: es soll durch eine möglichst knappe Gestaltung des Thatbestandes ein Mittel geboten werden zu einer möglichst leichten Geltendmachung der Rechte. Unleugbar liegt hierin eine erhebliche Stärkung der Gläubigerstellung. Aus dem Gesammtinhalte des Vorganges, der die Vermögenszuwendung bewirkt, wird eine Berechtigung herausgerissen, von Verbindungen (συνάλλαγμα), welche sie in ein bestimmtes Abhängigkeitsverhältniss zu gewissen Gegenrechten setzen, befreit und so „auf eine künstliche Höhe abstrakter Existenz[2])“ gehoben, auf der ihr allein die Verpflichtung des Schuldners gegenübersteht. — Dem Gläubiger liegt lediglich der Nachweis des für diese Berechtigung erforderlichen knappen Thatbestandes ob mit der sicheren Aussicht auf eine erfolgreiche Geltendmachung seines Rechts; der Schuldner wird einem Angriffe ausgesetzt, bei dessen Abwehr er — wenigstens zunächst — gewisser Vertheidigungsmittel beraubt ist, und den er sonst bei der Nichtausscheidung des Kausalmoments auch nicht erwarten durfte. — So enthält die Anerkennung der abstrakten Geschäfte auf der einen Seite „eine Ermuthigung des Erwerbstriebes, da diese Geschäfte vor allem denen eine Sicherheit geben, die

[1]) Vergl. Ihering, Geist d. r. R. III, 1, S. 208 f.

[2]) Ihering: Geist d. r. R. III, 1, S. 209.

durch sie etwas erlangen[1]," auf der andern Seite die Gefahr, dass der Verpflichtete ohne materielle Rechtfertigung in Anspruch genommen wird. Beide Umstände wird also stets der Gesetzgeber zu berücksichtigen haben, damit der Nachtheil nicht den Vortheil übersteige. Es wird zu vermeiden sein die Einseitigkeit des älteren römischen Rechts, das die Sicherheit des Rechts über die Angemessenheit des Inhalts setzte, wie diejenige des späteren Kaiserrechts, das in seiner Erstarrung ohne das wirthschaftlich anregende und umlaufsfähige Werthe schaffende Prinzip des abstrakten Geschäfts auskommen zu können glaubte. — Niemals aber hat — wie wir sehen werden — das positive Recht ganz unterlassen, die materiell ungerechtfertigten Folgen der formellen Strenge abstrakter Geschäfte auf anderm Wege wieder zu beseitigen, sodass schliesslich der sichere Vortheil, der durch ihre Anerkennung seitens der Rechtsordnung erreicht wird, eventuelle Nachtheile überwiegt. Oft genug freilich sind die abstrakten Geschäfte von Gesetzgebung und Theorie angegriffen worden, gewöhnlich aus dem Grunde, weil man in deren Wesen nur unzulänglich eingedrungen war. Wenn so Justinian in der l. 2 C. de pec. const. 4,18 die Wirksamkeit abstrakter Geschäfte lediglich als ein legum jurgium erscheint[2], und wenn noch in neuerer Zeit Kindel[3] in ihnen nur die „Verwandlung des Rechts in Unrecht," „den Sieg des Unrechts" sieht und den angeblich durch die Lehre vom abstrakten Traditionswillen zersetzten Eigenthumsbegriff als einen solchen blossstellt, „in dem das Eigenthum der unberechtigten Besitzer, der Betrüger und Erpresser Platz hat," so ist hier gerade das Erhebliche in dem Wesen abstrakter Geschäfte nicht erkannt. Ihre erleichterte Beweisführung und gesteigerte Umlaufsfähigkeit machen sie bei entwickeltem rechtlichen Leben unentbehrlich, durch ihre Vermittlung vollzieht sich der Übergang der Vermögensrechte leicht und sicher. — So bezeichnet Ihering[4] sehr zutreffend, aber ebenso sehr im Gegensatz zu

[1] **Leonhard**: Allg. Th., S. 267.
[2] Vergl. **Bähr**, S. 121 f.
[3] S. 147 u. 148, 77.
[4] a. a. O., S. 126 u. 210. — **Regelsberger**, Pand. I, § 167.

Kindel die abstrakte Eigenthumsübertragung des alten römischen Rechts durch mancipatio und in iure cessio, deren Beweis sehr vereinfacht war, und deren Bekämpfung durch condictio das frei aus einer Hand in die andere gehende Eigenthum selbst nicht berührte, „als einen der festesten Anker für die Sicherheit des Eigenthums.“ Die abstrakte Obligation, als „würdiges Seitenstück,“ sichert — ein bedeutender volkswirthschaftlicher Erfolg — die leichte und sichere Durchführbarkeit vorhandener Rechte.

III. Theil.

Das Lossagen von dem Rechtsgrunde.

Motto: La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimee. — art. 1132 cod. civ.

§ 11. Das Dogma vom „abstrakten Verpflichtungswillen."

Es ist bereits oben (S. 49 ff.) hervorgehoben, dass die Parteien nur mit Hilfe der von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Mittel einen abstrakten Vertrag abschliessen können. Thun sie dies, so bekunden sie damit in vorschriftsmässiger Form ihren Willen, eine bestimmte Verpflichtung eben nur als Verpflichtung zu wollen, losgelöst von ihrem Rechtsgrunde, befreit von allen sonstigen die causa des Geschäfts betreffenden Vorschriften, und erklären sich demgemäss bereit, alle mit der Übernahme einer derartigen Verpflichtung verbundenen, von der Rechtsordnung vorgesehenen Folgen auf sich zu nehmen. — Das ist offenbar die Antwort auf die vielfach in der Literatur aufgeworfene Frage, „wie die Form dazu komme, mero iure ein Forderungsrecht zu begründen[1])". So schon Donellus[2]): „Cur igitur dicitur in stipulatione nasci obligationem ex verbis?" Er antwortet durchaus im Sinne der vorstehenden Ausführungen: „Non sane propter verba ipsa solum, sed propter consensum meditatum qui verbis stipulationis declaratur, ut dicendum sit verba in stipulatione non proprie causam esse obligationis, sed eius causae iudicium ac velut symbolum."

Übereinstimmend hiermit erklärt auch Liebe[3]) die Wirkung der Stipulation und der dabei gebrauchten Wortformeln damit, dass sich ja der promissor mit dieser Wirkung des judicium

[1]) Gneist, S. 220 ff.

[2]) Comment. jur. civ. Lib. 14 c. 36 i. f.

[3]) S. 13 ff.

„dare oportere“ wörtlich einverstanden erklärt habe. Bei solcher Herleitung ist dann die Behauptung richtig und verständlich, dass beim abstrakten Geschäft die Form die causa ersetze und selbständig zum Verpflichtungsgrunde werde[1]).

I. Allgemeines.

Nun ist aber mit grossem Nachdruck die Theorie aufgestellt worden, dass der Wille das Hilfsmittel der Rechtsordnung gar nicht nöthig habe, vielmehr selbst abstrakt sein könne und als solcher eine gerichtlich verfolgbare Obligation zu erzeugen vermöge. Man stellt als Grundsatz auf, dass das einfache Versprechen durch den akzeptierten Willen desjenigen bestehe, der sich zum Schuldner machen wolle, und weist auf das römische Recht hin, das auch einen solchen Willen gekannt habe, sofern er nur in die Form der Stipulatio eingekleidet gewesen sei. Es sei nun durchaus nicht abzusehen, weshalb der nackte Wille, Schuldner zu werden, nach Beseitigung der Stipulation zur Begründung einer Obligation nicht genügen solle[2]).

Der Hinweis auf das römische Recht, das für die abstrakten Rechtsgeschäfte gerade das formale Prinzip anerkannte, erledigt sich aus dem Vorstehenden: gerade hier hatte das Recht eine umfassende Aufnahmeform für abstrakte Obligationen geschaffen. Die weitere Folgerung, dass im modernen Recht der abstrakte Verpflichtungswillen ganz allgemein eine Obligation hervorbringen könne, erscheint uns unbegründet. — Schon eine Betrachtung des römischen Vertragssystems spricht dagegen. In diesem fallen zunächst zwei schroffe Gegensätze auf, die sich in jedem entwickelten Obligationenrechte vorfinden als die beiden für den Gesetzgeber allein möglichen Mittel[3]), einer conventio duorum plurimve Rechtsgiltigkeit zu verleihen: 1.) die formellen Verträge, klagbar allein durch die genau bestimmte Form ohne Rücksicht auf den willkürlich zu wählenden Inhalt, und 2.) die materiellen Verträge, inhaltlich individualisiert und nur in Rücksicht auf diesen

---

[1]) Vergl. oben, S. 38 u. d. Anm. 2 Aufgeführten.

[2]) So bes. Windscheid, Vorauss., S. 198. Pand. II § 318. Rudorff in Puchta Pand. § 257. — Arndts in Krit. Übersch. IV, S. 1 ff. 219 ff. — Fitting in Zeitschr. f. H.R. III, S. 280. — Dernburg, Pand. II § 22 Nr. 3 — Savigny, Obl.R. II, S. 240.

[3]) Vergl. S. 37 f. oben.

für jeden Vertrag bestimmten Inhalt (causa civilis) klagbar. Die zu 1.) genannten Verträge bildeten im älteren römischen Recht zunächst die Regel, die zu 2.) genannten die Ausnahme, da nur allmählich mit fortschreitender Entwicklung des Verkehrs formlose Vereinbarungen zur Gewährung einer Klage führten: so die Real- und Konsensualkontrakte, ferner die durch das prätorische Edikt oder durch kaiserliche Konstitutionen anerkannten Verträge. —

Auch die Entwicklung des deutschen Rechts ist in dieser Hinsicht von der römisch-rechtlichen nicht verschieden. Es ist früher häufig behauptet worden, dass auf dem Gebiete des deutschen Obligationenrechts keine Individualität geherrscht habe und zur Entstehung einer klagbaren Obligation der blosse Konsens der Parteien ohne Rücksicht auf die spezielle Eigenthümlichkeit der Fälle erforderlich gewesen sei, woraus sich auch die Verwendung der farblosen Begriffe „Schuld, Klage um Schuld“ erkläre [1]). Man setzte dem römischen Grundsatze „nudum pactum non parit obligationem“ den angeblich deutschrechtlichen entgegen „pacta sunt servanda“ unter Bezugnahme auf gleichlautende Aussprüche des kanonischen Rechts: „pax servetur, pacta custodiantur [2]). — Indessen zeigt die neuere Forschung die Tendenz, das Dogma von der bindenden Kraft des einfachen Versprechens, der „bedächtigen Zusage,“ dem altdeutschen Recht vollständig abzusprechen. Sohm [3]) vertritt die Auffassung, dass im altdeutschen Recht ein verbindlicher Vertrag nur durch das Hinzutreten entweder einer bestimmten Form oder einer Leistung (res) zu Stande komme, und weist so, indem er nur Formal- oder Realkontrakte unter Ausscheidung von Konsensualkontrakten zulässt, auf die paralellen Linien in der römisch-rechtlichen Entwicklung hin. Ebenso macht Heusler [4]) geltend, dass die Ausdrücke „geloben,

[1]) Vergl. z. B. Gerber D.Pr.R. § 153. — Erxleben II, S. 463 f. — Siegel, Verspr. als Verpfl.-Grund (1873), S. 48 geht noch weiter, indem er den einfachen Willen, sich zum Schuldner zu machen, auch ohne — grundsätzlich nicht nothwendige — Acceptation für hinreichend erklärt, um eine obligatorische Bindung herbeizuführen. Im übrigen §§ 1, 5, 6. — Wendt Pand. S. 475,

[2]) c. 1 X de pact 1,35. c 3 X eod. c. 12 c. 22 qu. 5.

[3]) Recht der Eheschliessung, S. 24 ff. 34 ff.

[4]) Institutionen (Binding 1885) II, S. 228 ff. 245 ff.

Gelöbniss, loven“ in den Quellen des mittelalterlichen Rechts nicht ein allgemeines farbloses Versprechen bedeuteten, sondern die alte Wadiation oder fides facta in der bestimmten Form der durch Eid oder Ehrenwort und Handschlag übernommenen und gefestigten Verpflichtung. Er kommt unter Eintheilung des mittelalterlichen Kontraktensystems in Real-, Wett- und Arrhalverträge zu dem Ergebniss, dass es dort keine durch formlosen Vertrag und nichts weiter entstehende Verpflichtungen gegeben habe.

Das moderne Recht hat nur die römisch-rechtliche, z. Th. auf historischen Zufälligkeiten beruhende Entwicklung der materiellen Verträge abgeschlossen, indem es — absehend von einer besonderen causa civilis — grundsätzlich jeder Vereinbarung zur Herbeiführung eines erkennbaren wirthschaftlichen Erfolges Rechtsgiltigkeit verleiht (natürlich soweit nicht die guten Sitten oder ausdrückliche Verbotsgesetze dieser entgegenstehen); erkennbar aber soll dieser bezweckte Erfolg dadurch gemacht werden, dass eine Erklärung darüber, wie es mit der Gegenleistung gehalten werden soll, eine Erklärung über die Äquivalentbestimmung ausdrücklich oder stillschweigend abzugeben ist. Nur das ist aus der im modernen Recht ersichtlichen Entwicklung zu folgern[1]), nicht aber auch weiter das Dogma von der durchaus ohne Form wirkenden Kraft des „nackten Willens, Schuldner zu werden.“ Denn mit der allgemeinen Anerkennung dieses Dogmas fiele auch jeder Gegensatz zwischen formellen und materiellen Verträgen, da die ersteren insofern überflüssig würden, als jener souveräne Schuldnerwille zu seiner Äusserung auf jede Form verzichten kann. Auch wäre es eine recht sonderbare Erscheinung, dass sich der eben von den Formen der Stipulation entfesselte Wille des

[1]) Endemann: Lehrb. d. bürg. R. 6. Aufl. § 108, erklärt kurz und treffend: „Unser System der Vertragsarten ist zugleich das System der materiellen Gründe, aus denen eine Schuldverpflichtung eingegangen werden kann.“ — „Die Befreiung von willkürlichen Beschränkungen durch die positiven Gesetzgebungen, das ist die Bedeutung der materiellen Vertragsfreiheit.“ Er erläutert: „die freie Selbstbestimmung bezieht sich darauf, dass die Parteien die Art der Rechtsgeschäfte (Leihe, Miethe), den Inhalt der getroffenen Vereinbarungen (Ort, Zeit) die Hinzufügung von Nebenabreden (Bedingung, Auflage) — kurz die konkrete Ausgestaltung eines Vertragsverhältnisses ihren individuellen Interessen anpassen könne, soweit nicht zwingendes Recht entgegensteht.“

modernen Schuldners wieder in die Knechtschaft nicht minder strenger Formen begiebt: in die des Wechsels und anderer moderner Scripturobligationen. Dieses geringe Zutrauen des „abstrakten Verpflichtungswillens“ zu seiner eigenen Kraft rechtfertigt wohl die Vermuthung, dass er allein ohne die schützende Hülle der Form nicht lebensfähig sei. Und in der That entsteht jenes Dogma aus falschen Voraussetzungen.

Worauf beruht denn die bindende Kraft des Vertrages überhaupt? Offenbar — indem wir an den Ausgangspunkt unserer Erörterung zurückkehren[1]) — auf dem bindenden Spruche der Rechtsordnung, welche einen äusseren Thatbestand, also auch die Willensäusserungen der Vertragschliessenden, mit Rechtsfolgen bekleidet: so entstehen vertragliche Rechte und gegenüberstehende vertragliche Verpflichtungen (Rechtsgrund im objektiven Sinne). Aber damit ist der obigen Frage noch nicht genügt. Man wird weiter fragen: aus welchem Grunde verlieh der Gesetzgeber solchen übereinstimmenden menschlichen Willensäusserungen Rechtsgiltigkeit? — Dieser zureichende Grund muss in jenen Thatbeständen selbst gefunden werden, durch welche jemand für berechtigt oder verpflichtet erklärt werden konnte. Und so gelangen wir zu dem Ergebniss, dass offenbar das positive Recht — wie so oft — den wirthschaftlichen Erscheinungen nachgegangen ist und nach der Entwicklung eines organisierten rechtlichen Lebens die unter den Menschen bereits üblichen Verträge für rechtlich bindend erklärt hat[2]). Aber nicht den Vertrag schlechthin, sondern nur die konkret gestalteten Geschäfte, wie Kauf, Miethe, Darlehn u. s. w.[3]) Dies aber hatte seinen Grund wieder darin, dass eben der Ver-

[1]) Vgl. oben, S. 3 ff.

[2]) Vergl. Schlossmann, Vertr. S. 9: „Aber geschaffen haben sie (sc. Rechtsvorschriften) den Vertrag und seine juristische Bedeutung so wenig, als sie den Menschen, den Staat, das Eigenthum geschaffen haben.“ — Endemann Lehrb. § 108: „Nicht einmal das Gesetz vermag beliebig neue Gruppen der Schuldverhältnisse zu erzeugen. Es ist gebunden an die aus dem Rechtstriebe der Volksgemeinschaft herauswachsenden Bedürfnisse und die durch die Verkehrssitte anerkannten Verpflichtungen. Aus ihnen schöpft das lebendige Recht die Fälle der nach Gesetzesvorschrift entstehenden Schuldverpflichtungen, aus ihnen die Ordnung der typischen Arten der Verträge.“

[3]) Daher formulirt Salpius, (S. 483.) das ihm als das Naturgemässe erscheinende Prinzip der materiellen Verträge folgendermassen: „Obli-



trag schlechthin im Leben niemals vorkommt: denn — wie auch von den Vertheidigern des abstrackten Verpflichtungswillens anerkannt wird — der Wille der Parteien ist stets auf die Erreichung eines wirthschaftlichen Zweckes gerichtet, es besteht eine „juristische Absicht," ein rechtlich erheblicher Grund zum Abschlusse des Vertrages (Rechtsgrund im subjektiven Sinne), der sich — wie wir sahen[1]) — erschöpft in der Erweisung einer Liberalität oder der Erreichung eines Gegenvortheils. Es kommt also immer nur ein materieller Verpflichtungswille vor; es kann daher wohl der „nackte Wille Schuldner zu werden" d. h. also der angeblich ursprüngliche Wille, eine Leistung, einen Vertrag schlechthin zu wollen (§ 241 B.G.B.) und die angeblich verbindende Kraft dieses Willens, ins Reich der Phantome verwiesen werden[2]).

In dem hier bekämpften Dogma erkennt man deutlich eine Nichtbeachtung der Grenzen zwischen Psychologie und Jurisprudenz. Von Vertretern des Dogmas wird anerkannt, dass der abstrakte Verpflichtungswille niemals selbstständig vorhanden sei, sondern nur als Theil eines auf die Befriedigung von irgend welchen menschlichen Bedürfnissen gerichteten Gesammtwillens, da eben die Partei immer noch etwas mehr will, als den blossen Vertragsinhalt. Der abstrakte Verpflichtungswille ist also psychologisch nicht vorhanden; gleichwohl soll diese nicht vorhandene Grösse frei und

gatorische Verträge sind nur in ihrer Totalität wirksam. Zur Begründung eines obligatorischen Anspruchs muss der Inhalt des Parteiwillens erschöpft werden; unvollständige Verträge sind nicht klagbar. . . . Dieser Erfolg (sc. Klagbarkeit) kann immer nur durch eine übergreifende Wirkung der Form erreicht werden, wie sie der Stipulation im klass. Recht und wiederum dem heutigen Wechsel zukommt." — Ähnlich, S. 504.

[1]) Vergl. oben Seite 9 ff.

[2]) Der in dem Dogma vom abstrakten Willen enthaltene Denkfehler rührt also daher, dass man eine allein zum Ziele führende empirische Betrachtungsweise ausser Acht liess und den von der Wissenschaft lediglich zu system. Zwecken aufgestellten Begriff des Vertrages aprioristisch verwerthete, indem man ihn in das sehr wenig systematische praktische Leben einstellte und die Folgerung zog: Der Vertrag als solcher verpflichtet. Indessen gelangt man dadurch noch nicht zu einer Werthlosigkeit dieses Begriffes, welche Schlossmann (Vertr.) annimmt. Der Begriff bleibt für das System von Werth, indem er eine einheitliche Behandlung der allen Verträgen gemeinsamen Merkmale, also eine Beherrschung des Stoffes nach bestimmter Richtung ermöglicht.

selbstthätig wirkend auf rechtlichem Gebiete eine vertragliche Bindung hervorzubringen vermögen.

Der abstrakte Verpflichtungswille ist aber juristisch vorhanden, dann aber auch nur dann, wenn ihm Gesetz oder Gewohnheitsrecht durch ausdrückliche Vorschrift rechtliche Existenz geben, indem dieser Theilwille zu juristischen Zwecken und im einzelnen Falle abgetrennt wird von dem übrigen psychologisch einheitlichen Gesammtwillen.

Diese Operation muss lediglich der Rechtsordnung vorbehalten bleiben[1]); die „Bestimmung darüber, ob ein rechtlich bindendes Schuldverhältniss vorliegt, und welche Arten der obligatorischen Verträge es giebt, untersteht allein der Rechtsordnung[2])."

Es liegt also in dem abstrakten Willensdogma eine „Überreizung der subjektiven Willensmacht, die gegenüber der thatsächlichen Gestaltung unserer Rechtsordnung und dem Rechtszustande ohnmächtig ist[2])", d. h. eine Verwechslung psychologischer und juristischer Begriffe. Der abstrakte Verpflichtungswille, das Abstrahieren von der causa ist ein „künstlicher Abstraktionsprozess", der eben nur von der Rechtsordnung vorgenommen werden kann; und es ist das Entstehen einer abstrakten Obligation nur da möglich, wo positiver Rechtssatz dies gestattet, entweder durch Normierung einer äusserlich erkennbaren Form oder — wie wir sehen werden — auch durch Bezeichnung eines bestimmten genau umschriebenen Falles mit ebenfalls äusserlich erkennbaren Merkmalen. Bis dahin muss daran festgehalten werden, dass die Parteien die natürliche Verbindung mit der causa des Rechtsgeschäfts nicht eigenmächtig auflösen können[3]).

II. Bährs Anerkennungsvertrag.

Derartigen Erwägungen scheint zunächst auch Bähr nachgegangen zu sein, wenn er von dem „natürlichen Bestande der Obligation, der als das Ursprüngliche vermuthet werden müsse", spricht. Er erkennt selbst an, dass wohl kein deutsches Gericht

---

[1]) s. oben S. 49 f.

[2]) Endemann, Lehrb. d. bürg. R. (6 Aufl.) § 108.

[3]) Thöl I § 125 u. II § 181, 270 u. Gerber § 158a E. betrachten die Giltigkeit eines negativ-formellen Vertrages als etwas Besonderes, Ausnahmsweises, einer eigenen Rechtfertigung Bedürftiges. — Dagegen Unger, S. 70, Anm. 13.

eine Klage lediglich mit der Begründnng, der Beklagte habe dem Kläger versprochen, 100 zu zahlen, znlassen werde, und bekennt sich so grundsätzlich zur Unklagbarkeit eines derartigen einfachen Versprechens, eben im Hinblick auf den zu vermuthenden natürlichen (d. h. kausalen) Bestand der Obligation. Er will nun aber das den abstrakten Verpflichtnngswillen sichernde Element, das diesem implicite die Unterstützung des positiven Rechtssatzes bringen soll, gefunden haben: das Element der Anerkennung, welches abstrahierend von dem nrsprünglichen Bestande des Forderungsrechtes einen selbständigen Klagegrund — nicht etwa bloss ein Beweismittel — schaffe. Zwar entspringe der Wille, sich zu verpflichten, aus dem ursprünglichen Bestande der Verbindlichkeit; er entnehme aber hieraus nicht mehr die Bedingung seiner Giltigkeit, sondern nur noch seine Voraussetzung (causa). — Dieses konstitutive Element der Anerkennung, welche die Absicht der Parteien dokumentire, das Versprechen von seinem Rechtsgrunde zu isolieren, findet Bähr in den einzelnen Gestaltungen des Anerkennungsvertrages, als welche er aufführt: das Abrechnungsgeschäft, die einfache Anerkennungserklärung, die Rechnungsstellung und den Schnldschein.

In allen diesen Fällen soll das Anerkenntniss an sich, ohne an eine bestimmte Form gebunden zu sein, einen selbständigen Verpflichtnngsgrund abgeben, was bezgl. des Schuldscheins in den apodiktischen Sätzen hingestellt wird: „Wer beurkundet, schuldig zu sein, will sich auf diese Schuld verpflichten. Das Beweismittel für eine Schuld wollen, heisst die Schuld versprechen.“ — Natürlich brauche dieser abstrakte Verpflichtungswille die der Schuld zu Grunde liegende causa in der Urkunde nicht zu erwähnen[1]. — Der Widerspruch in diesen Ausführungen ist offensichtlich. Das einfache Versprechen als solches soll nicht klagbar sein; diese rechtliche Lage soll aber plötzlich durch Ausstellung eines kausalosen Schuldscheines seitens des Schuldners geändert werden und eine klagbare, abstrakte Obligation entstehen, da es ja nach dem in der Urkunde niedergelegten Willen des Schuldners auf die unterliegende causa nicht mehr ankomme. — Zum mindesten enthält diese Ansicht eine einseitige Willensinterpretation und die

[1]) vergl. auch die Ausführungen Bähr's im Arch. f. bürger. R. II, 105 ff.

Octroyierung eines Elements, das gar nicht in dem Verhalten des Promittenten gefunden zu werden braucht.

Es sind doch bei dem Verhältnisse, in welchem Urkunde und Forderung zu einander stehen, mehrere Möglichkeiten, und zwar deren drei, denkbar.

Erste Möglichkeit: Die Urkunde ist nur des Beweises wegen da, sie giebt Kunde von den Verabredungen der Parteien und ist für den Rechtsbestand der Obligation von keinem Belang. (Deklaratorische Bedeutung.)

Zweite Möglichkeit: Die Urkunde ist ausgestellt, um die Befugnisse des Gläubigers zu steigern, und zwar namentlich für die prozessuale Geltendmachung des Rechts, sie gewährt ein neues Rechtsverfolgungsmittel, und zwar entweder ein prozessuales z. B. Urkundenprozess, vollstreckbare Urkunde, oder ein materiell-rechtliches, z. B. Verzicht auf Einreden oder Umwandlung einer einfachen Forderung in eine solche mit alternativer Begründungsmöglichkeit. (Schuldbestärkende Bedeutung.)

Dritte Möglichkeit: Die Urkunde ist Voraussetzung für das Entstehen der Obligation, sie hat rechtsbegründende Wirkung, sie lässt ein neues Recht für den Gläubiger aus sich selbst entstehen. (Konstitutive Bedeutung.)

Diese drei Möglichkeiten können doch wohl auch bei der Ausstellung eines kausalosen Schuldscheines eintreten. — Zunächst spricht Sinn und Interpretation eines Anerkenntnisses „ich bekenne, 100 schuldig zu sein“ gegen die Ausführungen Bährs. — In einer derartigen Erklärung nimmt der Schuldner nur auf eine bereits bestehende Verpflichtung Bezug, ohne ersichtlich zu machen, dass er eine neue Obligation ins Leben rufen wolle.

Er will ein „Rechtsverhältniss nicht konstituieren, sondern nur konstatieren“ [1]) und durch die Bezugnahme auf die Schuld als eine bestehende Verpflichtung das Versprechen nicht von seinem Rechtsgrunde isolieren, sondern eher die Verbindung mit diesem aufrecht erhalten. Es kann daher nach logischer und grammatikalischer Interpretation eine derartige Erklärung des Schuldners nur als Beweis-

---

[1]) Schlossmann, S. 71. — Dernburg, Pr.Pr.R. I, § 81: „Das Anerkenntniss ist der Intention der Kontrahenten nach deklaratorisch, nicht konstitutiv.“

mittel angesehen werden, als ein aussergerichtliches Geständniss, das nur prozessuale, aber keine materiell-rechtlichen Wirkungen hat[1]). Allerdings sind die prozessualen Wirkungen von besonderer Erheblichkeit, da sie die Stellung des klagenden Gläubigers durch Erleichterung der Beweislast sehr günstig gestalten: es genügt zur Klagebegründung die Bezugnahme auf ein derartiges generelles vom Schuldner abgegebenes Geständniss über eine für ihn rechtlich nachtheilige Thatsache, auf den Anerkennungsakt bis zum Antritt des Gegenbeweises seitens des Beklagten. So nähert sich die Wirkung eines derartigen Bekenntnisses allerdings stark einem selbständigen Klagefundament, ohne doch die rechtliche Natur eines solchen zu haben; letzterer Gegensatz als ein nicht bloss theoretischer, sondern auch praktischer ergiebt sich daraus, dass gegen eine solche Anerkennungserklärung als ein einfaches Beweismittel auch der einfache Gegenbeweis über den thatsächlichen Nichtbestand der anerkannten Schuld zulässig und wirksam ist, das selbständige Klagefundament dagegen nur durch den Nachweis des Irrthums nach den für die condictio indebiti geltenden Grundsätzen angefochten werden kann. — So ermöglicht nach dem zu vermuthenden Willen des Schuldners dessen Bekenntniss zwar die Geltendmachung des Forderungsrechts ohne Erwähnung des Rechtsgrundes; diese Ausscheidung der causa ist aber keine dauernde, die Verbindung zwischen ihr und dem Forderungsrecht wird wieder sichtbar in dem Augenblicke, in welchem durch Einwendungen des beklagten Schuldners die causa im Prozess zur Geltung gebracht wird.

Aber nach Bähr's Ansicht soll derjenige, welcher ein Beweismittel will, auch die Schuld wollen. Diese Interpretation des Willens ist nicht einmal einseitig, sondern durch nichts begründet. Wer als Schuldner dem Gläubiger ein Beweismittel über seine Verpflichtung in die Hände giebt, will doch zunächst nur dem Gläubiger die prozessuale Geltendmachung der Schuld erleichtern, und zwar einer ganz bestimmten individualisierten Schuld, über deren Bestand und Inhalt bei den Betheiligten infolge der

---

[1]) Arndts, in Krit. Übersch. IV, 245: „Sonst müsste man konsequent in jedem Falle, wenn ein gewöhnlicher Schuldner sagt, er werde in so und so viel Tagen bezahlen, ein neues obligatorisches Versprechen annehmen."

Parteiberedungen keine Unkenntniss herrscht. Diese Schuld aber mit ihrem nicht zweifelhaften Leistungsinhalt und ihrem feststehenden Rechtsgrunde ist aber schon früher einmal „gewollt“ worden, worauf eben die rechtliche Bindung des Schuldners eintrat; es ist wohl zwecklos, wenn sie jetzt der Schuldner durch Abgabe seines Versprechens noch einmal will, aber nach Ansicht der Parteien offenbar nicht zwecklos, ein Beweismittel für sie zu schaffen. — Bähr übersieht aber weiter die von uns erwähnte zweite Möglichkeit, die bei der Ausstellung einer Urkunde eintreten kann: Begründung eines neuen Rechtsverfolgungsmittels. In diesem Falle wollen die Parteien die alte Obligation in ihrem rechtlichen Bestande aufrecht erhalten und nur ihre Geltendmachung für den Gläubiger erleichtern. Es liegt also auch dann keine Begründung einer neuen Obligation vor, sondern nur eine neue prozessuale Begründungsmöglichkeit der alten Obligation[1]).

III. Kontokorrent und Anweisungsakzept.

Nun scheint sich aber thatsächlich in einigen von Bähr hervorgehobenen Gestaltungen des Anerkennungsvertrages seine Theorie von der konstitutiven Kraft der abstrakten Verpflichtungserklärung zu verwirklichen und somit ihre Bestätigung zu finden: wir meinen das Abrechnungsgeschäft und die diesem parallel gehenden Geschäfte aus dem Handelsrecht, nämlich das Gutschreiben, die Saldoziehung und die Kontokorrentstellung. Wird bei diesen Geschäften nach erfolgter Abrechnung zwischen den Betheiligten die aus den beiderseitigen Forderungsbeträgen sich ergebende Differenz als Schuld des Einen zu Gunsten des Andern festgestellt, oder wird das Saldo des übersandten Kontokorrents von dem Geschäftsfreunde als richtig anerkannt, oder schliesslich der Betrag der

---

[1]) Gegen die verpflichtende Kraft des Bähr'schen Anerkenntnisses haben sich insbes. — zum Theil mit abweichender Begründung — ausgesprochen: Schlesinger, S. 10 ff. 95 ff. 129 ff. — Schlossmann, S. 61 ff. — Unger, S. 61 ff. 100. — Bekker in Krit. Vierteljhrsschr. IX, S. 277 ff. — Kipp, Parteiwille, S. 10 ff. — Kindel, S. 7 ff. 11 ff. 62 ff. — 94. Witte, Ber. kl. §§ 13 u. 23 u. in Kr. Vierteljhrsschr. VI, S. 382—393. — v. Salpius, § 36 u. § 79. — Arndts in Krit. Überschau IV. S. 231, 241, 245 bes. über Schuldschein. Spaltenstein, S. 104 ff.

vom Fabrikanten übersandten Waaren diesem vom Kaufmann gutgeschrieben („zu seinen Gunsten notiert"), so weisen diese Manipulationen offenbar denselben rechtlichen Charakter auf, wie etwa das Versprechen einer Kaufgelderschuld in Form eines Wechsels. Sie werden von den Betheiligten zu dem Zwecke vorgenommen, um an Stelle der zwischen ihnen bestehenden vielfältigen und verschiedenfach gearteten Obligationen eine einzige, die auf die Abrechnungssumme gerichtete, zu setzen. Hier sollen keine Beweismittel für bestehende Schuldverhältnisse geschaffen werden, da diese unterschiedslos in der festgestellten Abrechnungssumme verschwinden; vielmehr soll diese Summe den Leistungsinhalt einer neubegründeten abstrakten Obligation darstellen, um nicht mehr auf den Rechtsgrund der einzelnen materiellen Obligationen zurückgreifen zu müssen. Als Erfolg wird erreicht, dass derjenige, zu dessen Gunsten bei der Berechnung erkannt wird, sich lediglich zur Geltendmachung seines Guthabens auf die Abrechnung zu berufen braucht, ohne die einzelnen früheren Forderungen prozessualisch begründen und beweisen zu müssen. Derjenige, zu dessen Lasten die Differenz zwischen den gegenseitigen Forderungen festgestellt wurde, ist an sein Versprechen gebunden; er kann sich nicht davon befreien, indem er jetzt noch die Richtigkeit der einzelnen verrechneten Posten bemängelt. Es bleibt ihm als exceptio lediglich der Nachweis eines auf die Unterlagen der Berechnung sich beziehenden Irrthums übrig. Es enthält also thatsächlich infolge der Einigung der Betheiligten im Wege gegenseitigen Anerkenntnisses das Abrechnungsgeschäft ein von dem ursprünglichen Bestande der Forderungsverhältnisse abstrahirendes, und daher eine abstrakte Verpflichtung erzeugendes Element. In gleicher Weise verhält es sich mit dem kaufmännischen Gutschreiben, bei welchem in Rücksicht auf das abgegebene Anerkenntniss die betreffende Kaufgelderschuld sich in eine von dem Rechtsgrunde des Kaufgeschäfts losgelöste, abstrakte Verpflichtung verwandelt.

Mit der Anerkennung eines derartigen rechtlichen Vorganges scheinen aber die vorher gegen die Bähr'sche Theorie vorgebrachten Einwendungen in sich zusammenzufallen, da wir doch den abstrakten Verpflichtungswillen selbständige von ihrem Rechtsgrunde isolierte Obligationen hervorbringen sehen, und zwar ohne dass

diese Möglickeit von einem positiven Rechtssatz sanktioniert worden wäre. Gleichwohl müssen wir bei dem im Anfange des § aufgestellten Grundsatze verharren, dass nur das Gesetz allein durch seine den Betheiligten zur Verfügung gestellten Hilfsmittel den Rechtsgrund von dem Schuldverhältnisse abzulösen vermag. — Schon Schlesinger[1]) bemerkt beiläufig, dass es wohl weniger dem Sinne Bähr's entspräche, die formale Natur der genannten Verträge auf den Parteiwillen zu stützen, seine Ansicht vielmehr dahin aufzufassen sei, dass nach heutigem Gewohnheitsrechte jenen Geschäften der Charakter obligatorischer Formalkontrakte zukomme[2]). Thatsächlich hat sich auf diesen Standpunkt die preussische Praxis gestellt, indem sie entgegen der rechtlichen Natur des sonst von der causa debendi abhängigen Anerkenntnisses das Abrechnungsgeschäft als abstrakten Verpflichtungsgrund anerkannt hat[3]). Auch hier ist es also nur der in Form des Gewohnheitsrechts auftretende positive Rechtssatz, welcher die Ausscheidung des Rechtsgrundes vornimmt. — Wenn nun hier keine besondere den Rechtsgrund ersetzende Form für das abstrakte Abrechnungsgeschäft verlangt wird, so ist diese wohl in den besonderen Verhältnissen zu finden, unter welchen in oft sehr augenfälliger Weise der Vertrag abgeschlossen wird: man denke im kaufmännischen Verkehr an die Eintragung in die Geschäftsbücher, im gewöhnlichen Verkehr an die wohl stets mit der Feder oder Kreide vor sich gehende Berechnung. Ja man kann — worauf bisher noch nicht hingewiesen — diese Berechnung, welche immer in bestimmter Form, zum mindesten in mündlicher Rede und Gegenrede, meistentheils aber auf schriftlichem Wege vor sich geht, als die für das abstrakte Geschäft nothwendige Form ansehen, da ja zur Begründung der Klage nicht bloss der Nachweis erforderlich ist, dass ein abstraktes Schuldversprechen abgegeben worden ist, sondern noch der weitere, dass diesem Versprechen

[1]) S. 130, 155.

[2]) Schlesinger fügt freilich hinzu, dass er diese Behauptung „für ganz falsch" halte, ohne eine Begründung zu geben.

[3]) Vergl. Strieth. Arch. Band 67, S. 361. — R.O.H.G. Bd. 4. S. 74 Bd. 16, S. 126. R.G. Bd. 2, S. 338. Bd. 3, S. 266 Bd. 26, S. 77 ff. Bd 39, S. 202 ff. — Ferner die bei Schlesinger, S. 155 Anm. 58 u. S. 156 Anm. 59 Citierten.

eine Berechnung zwischen den Parteien voranfging. — Hervorzuheben ist noch, dass man neben der bisher allein erwähnten abstrakt wirkenden Abrechnung, die nach der Willensbestimmung der Parteien als unanfechtbar gelten soll, noch von einer andern Abrechnung sprechen kann, die nur ein schuldbestärkendes Anerkenntniss enthalten, ein die Rechtsverfolgung des Gläubigers erleichterndes Mittel bilden soll. Die rechtliche Lage ist dann ebenso wie bei der oben Seite 64 erwähnten zweiten Möglichkeit, die bei der Ausstellung einer Urkunde über eine Forderung eintreten kann: Die Abrechnung wirkt dann nicht rein konstutiv, kann infolgedessen auch keine abstrakte Verpflichtung begründen, sondern lässt die alten obligatorischen Verhältnisse bestehen und sichert nur ihre leichtere prozessuale Geltendmachung.

Im übrigen aber den Vertrag mit einer als unanfechtbar aufgestellten Abrechnung als einen Kausalvertrag zu charakterisieren [1]), dürfte insofern nicht haltbar sein, als dadurch die Grenzen zwischen abstrakten und kausalen Geschäften verwischt werden. — Karlowa [2]) meint, dass die Abrechnung einen Kompensationsvertrag enthalte, und dass der, zu dessen Last ein Recht verbleibe, die betreffende Summe in der Absicht verspreche, den nach geschehener Kompensation zu Gunsten des Gegners sich ergebenden Überschuss anzuerkennen; darin liege eine Kausalberedung. — Etwas abweichend erblickt Leonhard [3]), insofern die Abrechnung bei den Parteien für den Fall, dass sie ihnen zu günstig gestaltet sein sollte, Vortheile geben kann, im Austausche dieser Vortheilsmöglichkeiten eine Entgeltsbestimmung.

Indessen liegen diese gewiss betehenden Kompensations- und Austauschabsichten der Parteien vor der Begründung derjenigen Obligation, um die es sich hier handelt, und zwar in derselben Weise wie die konkreten Vorgänge, welche die Ausstellung eines Wechsels herbeiführen. Die Kompensationsverhandlungen sollen nur dazu dienen, um die Summe der abstrakten Verpflichtung festzustellen, wie etwa die Verhandlungen der Parteien über den

---

[1]) Obgleich dies sehr gegen Bähr's Deduktionen verwerthet werden könnte.

[2]) Rechtsgeschäft, S. 264 ff.

[3]) Allg. Th., S. 266 Anm. 2.

Kaufpreis, um die Wechselsumme einstellen zu können. Es ist gerade das ausgeschiedene Kausalmoment, worauf Karlowa Bezug nimmt, während Leonhard den Abrechnungsvertrag mehr in der Richtung auf den Vergleich zu konkretisieren sucht, insofern dieser „die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältniss im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt“. (§ 779 B.G.B.)

Bähr verweist aber abgesehen von dem bisher erwähnten Element der Anerkennung noch auf ein ferneres Rechtsinstitut, das Beweis für die bindende Kraft des einfachen formlosen Versprechens erbringen soll: auf das Anweisungsakzept. Niemand trage Bedenken — so führt er aus[1]) — dem formlosen einfachen Versprechen die Wirkung der Stipulation beizulegen in denjenigen Verhältnissen, wo das Versprechen seinen Rechtsgrund aus den Verhältnissen zu Dritten entnehme: Expromission, Delegation, Fidejussion. Wenn A dem B auf Anweisung des C 100 Thlr. verspreche, so halte man dieses Versprechen für klagbar, ohne nach dessen Rechtsgrunde zu fragen, die in dem jeseitigen Verhältnisse des A und des B zu C gelegen seien. Allerdings ergeben hier die Umstände sehr klar die Absicht, das Versprechen von seinem Rechtsgrunde zu isolieren und zu einem selbständigen Vertrage zu erheben.

Bähr begnügt sich lediglich mit dieser Feststellung der abstrakten Natur des Anweisungsakzepts, um dieselbe für seine Theorie zu verwerthen, und ohne nach dem Grunde dieser Erscheinung zu fragen. Dazu hätte ihn aber der Umstand führen müssen, dass auch hier wieder nur unter besonderen Verhältnissen die abstrakte Natur eines Versprechens sich einstellt.

Was zunächst die Form des Anweisungsakzeptes anbelangt, so wird man nach dem Wegfalle der römisch-rechtlichen Delegationsstipulation für die gemeinrechtliche Entwicklung anzunehmen haben, dass jede Form, also auch die mündliche genügte[2]).

Die abstrakte Wirksamkeit des Akzepts aber hat man auf verschiedene Weise zu erklären gesucht.

---

[1]) Anerk., S. 170, 174, 27 ff.

[2]) v. Salpius, S. 480. — Dernburg Pand. II. § 119. — Unger, Inhaberpapiere, S. 69.



Vor allem griff man auf das zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen bestehende Auftragsverhältniss zurück und behauptete, in diesem Verhältnisse des Versprechenden zu dem Dritten finde gemäss der Einigung der Parteien der scheinbar unvollständige Wille seine Ergänzung, also seine causa; die Trennung von der causa beruhe hier nicht künstlich auf einer Form, sondern auf der Verschiedenheit der Personen, zwischen denen beide Vertragstheile (causa und Versprechen) zur Geltung kommen, weshalb unter den kontrahierenden Parteien gleichwohl der Inhalt des Vertrages durch das blosse Summenversprechen erschöpft sei[1]).

Diese Bezugnahme auf ein bestehendes Rechtsverhältniss, in welchem die causa des abstrakten Versprechens enthalten sein soll, giebt keine Erklärung gerade für die abstrakte Natur des Anweisungsakzeptes; denn darin besteht ja — wie wir sahen — das Wesen des abstrakten Geschäftes überhaupt, dass für die Parteien eine psychologische causa für dessen Abschluss vorhanden ist, diese auch beim Abschluss besprochen wird, aber in dem abgeschlossenen Geschäft keine Aufnahme findet. Ob diese causa sich bezieht auf ein Rechtsverhältniss zwischen den beiden kontrahierenden Parteien oder zwischen einer von diesen und einem Dritten, ist in Ansehung des abstrakten Geschäfts selbst unerheblich. — Es kommt hinzu — was oft genug der Fall sein mag —, dass weder der Angewiesene noch der Anweisungsempfänger zu wissen brauchen, wie die durch das Akzept erfolgte Vermögensübertragung in dem Verhältnisse des Anweisenden zum Andern rechtlich zu wirken bestimmt ist; ist das aber richtig, dann können nicht die kontrahierenden Parteien einig sein, dass die „cause non exprimée“ in dem ihnen unbekannten Verhältnisse des Andern zum Anweisenden enthalten sei.

[1]) v. Salpius, S. 482 ff. — Schlossmann, S. 57 ff. — Wendt Pand. S. 92 f. u. § 68. — Karlowa, S. 260 ff. Im ähnlichen Sinne wirft Kipp (Jher. Jahrb. 36 S. 352 ff.) bezüglich der Schuldübernahme die Frage auf, ob nicht die Absicht der Parteien darauf gerichtet sein kann, einen dreiseitigen Vertrag abzuschliessen, der durch den internen Schuldübernahmevertrag nach zwei Seiten und durch den Beitritt des Gläubigers, der auf nur an ihn gerichtete Offerte zu erfolgen hätte, nach der dritten Seite geschlossen würde. — Hiergegen v. Blume in Iher. Jahrb. 39 S. 397 f. 417 f. — Regelsberger ebenda, S. 468 ff.

Vielmehr dürfte die abstrakte Natur des Anweisungakzeptes denselben Grund haben, wie diejenige des Abrechnungsvertrages: eine exceptionelle Vorschrift des Gewohnheitsrechts hat das Akzept mit bindender Kraft ohne Rücksicht auf seinen Rechtsgrund ausgestattet[1]).

In der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis ist die abstrakte Natur des Akzeptes nicht verkannt worden[2]), und gerade Salpius[3]) weist einerseits zur Erklärung der juristischen Natur dieses Geschäfts auf den geschichtlichen Zusammenhang mit der römischen Delegationsstipulation hin, die nur ihrer tilgenden Wirkung (qui delegat, solvit) entkleidet sei, andererseits zur Erklärung der Formlosigkeit des Geschäfts auf die von der italienischen Wechseltechnik ausgehenden, aber die Formvorschriften des Wechselrechts verlassenden Entwickelung des Rechtsinstituts hin. — Aus der Ausnahmevorschrift über die bindende Kraft des im Anweisungsakzept enthaltene Versprechen auf diejenige des abstrakten formlosen Versprechens überhaupt zu folgern (was Bähr thut), dürfte unzulässig sein, weil doch die Ausnahme die Regel bestehen lässt.

§ 12. Legislatorische Bedenken.

Die Zulassung abstrakter Versprechen in der umfassenden und formlosen Weise, wie sie durch die Theorie Bähr's vertreten wird, unterliegt erheblichen legislatorischen Bedenken. Die drei bei der Abgabe eines kausalosen Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses denkbaren Möglichkeiten[4]), die sich in der Begründung eines neuen abstrakten Forderungsrechtes, eines Rechtsverfolgungsmittels, oder der Feststellung eines bestehenden rechtlichen Zustandes erschöpfen, bedingen sowohl eine Schwierigkeit für die Erforschung der Parteiabsicht als auch demgemäss eine Unsicherheit des Verkehrs. Es ist Aufgabe der Rechtsordnung,

[1]) So bes. Thöl Handelsr. § 126. — Gerber, D.Pr.R. § 158. — Schlesinger, S. 170 ff.: allerdings nur bei schriftlichem Akzept von Geldanweisungen.

[2]) Vergl. die bei Schesinger, S. 170 Anm. 14 angeführten Belege aus Theorie und Praxis. Dernburg Pand. II, § 119.

[3]) S. 478 ff.

[4]) s. oben S. 64.

derartige Ungewissheiten zu beseitigen; sie thut es, indem sie für die abstrakten Geschäfte bestimmte Formvorschriften aufstellt, durch deren Anwendung in sicherer und unzweideutiger Weise sowohl für den Richter wie für die Betheiligten die konstitutive Wirkung der Verpflichtungserklärung des Schuldners erhellt. So ist ein festes Kriterium dafür gegeben, ob die eine oder die andere der oben erwähnten Möglichkeiten zur Wirklichkeit wird und werden soll. Diese für den Gesetzgeber nothwendige Erwägung lässt Bähr ausser Acht, wenn er bemerkt[1]): „Dem von Formen entfesselten Willen kann keine geringere Kraft beiwohnen, als dem an Formen gebundenen."

Was hätte dann wohl die auch vom modernen Recht vorgeschriebene Bindung des Willens an die Formen des Wechsels, des Inhaberpapiers, der kaufmännischen Verpflichtungsscheine für einen Zweck gehabt?

Und weiter: erscheint es dann nicht überflüssig, den Parteien bestimmte Vertragstypen mit materiellem, den Rechtsgrund berücksichtigenden Inhalt behufs Erledigung ihrer vermögenmindernden Geschäfte zur Verfügung zu stellen, da sie ja diese Erledigung in jedem Falle ohne jene Vertragstypen durch souveräne Bethätigung ihres „abstrakten Verpflichtungswillens" erreichen könnten? — Es genügte dann, lediglich Bestimmungen über den Vertrag als solchen zu treffen; denn auf alle im praktischen Leben auftretenden Einzelerscheinungen des umfassenden Gattungsbegriffes „Vertrag" müssten solche Bestimmungen ohne weiteres anwendbar sein. — Noch eine weitere Schwierigkeit für die Auslegung der von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen erwächst durch die Anerkennung des formlosen abstrakten Versprechens.

Es genügt nicht Sinn und Inhalt zweier Vertragserklärungen festzustellen; die letzte entscheidende Frage ist vielmehr, ob sich aus den Erklärungen unzweideutig die Absicht der Parteien ergiebt, deren Inhalt als wirklichen und vollendeten Vertragsabschluss dem Rechtszwange, der Klage auf Erfüllung zu unterwerfen. Als Möglichkeiten des Gegentheils sind denkbar, dass die Parteien in einem rechtlich gleichgiltigen Gespräche befangen eine bindende Absicht garnicht äussern wollten, oder dass die

[1]) Anerk., 169. Dafür auch Arndts in Krit. Überschau IV, S. 236.

zwar in rechtlicher Absicht, aber noch nicht als endgiltiger Vertragsentschluss abgegebenen Erklärungen nur unentschiedene Vorverhandlungen darstellen. Die Ausschliessung dieser beiden Möglichkeiten und somit die verabredete rechtliche Wirkung der Erklärungen festzustellen, ist nur möglich durch die Ermittlung des rechtlich erheblichen Geschäftszweckes, des Rechtsgrundes im subjektiven Sinne, der causa; lässt sich eine derartige Ermittlung treffen durch Feststellung einer Entgeltsbestimmung oder einer Liberalität, so ist auch damit die rechtliche Wirkung des Vertrages festgestellt.

Eine derartige oft schwierige Untersuchung erübrigt sich aber bei Anwendung einer bestimmten, von der Rechtsordnung vorgeschriebenen Form; dadurch werden jene beiden oben erwähnten Möglichkeiten ausgeschlossen: es wird der Akt durch Anwendung der Form einerseits aus einer gleichgiltigen Unterhaltung in das rechtliche Gebiet versetzt, andererseits als wirklicher und vollendeter Vertragsabschluss gekennzeichnet. — Wie sollen nun anders diese Feststellungen bei der Abgabe eines abstrakten formlosen Versprechens, also gerade beim Fehlen der causa wie der Form, getroffen werden? An welche Umstände soll sich da der Richter zur Ermittlung eines ernstlichen und vollendeten Vertragswillens halten? Die Zahl der Prozesse würde nicht gering sein, in welchen eine Partei die andere auf Grund solcher rechtlich gleichgiltigen oder noch nicht abgeschlossenen Verhandlungen in Anspruch nimmt[1]).

Hiervon abgesehen kann in der Abgabe eines den Rechtsgrund nicht erwähnenden Versprechens nur dann die Konstituierung einer abstrakten Verpflichtung erblickt werden, wenn ein Rechtssatz in Rücksicht auf unterstützende Momente, wie z. B. Feststellung der Schuldsumme als Ergebniss einer Abrechnung, Verpflichtung auf Grund einer Anweisung, diese Möglichkeit ausdrücklich für zulässig erklärt; durch genaue Bezeichnung dieser Momente wird auch so jeder Zweifel ausgeschlossen. — So wird durch die Gesetz-

[1]) Liebe, S. 76 u. ff.: „Das Versprechen an sich unterscheidet sich von einem gleichgiltigen Gespräche nicht." — Savigny, Obl.R. II, S. 218 ff. preist die Form als ein untrügliches Zeichen für den Vertragsabschluss. — Eingehend Leonhard, Irrthum I, S. 235 ff. — Schlossmann Vertr., S. 52 ff.

gebung fester Boden geschaffen, der durch die Anwendung der Bähr'schen Thorie wieder erschüttert wird.

Kindel hat Recht, wenn er hervorhebt, dass sich nach den Ausführungen Bährs die Frage, welche Verträge abstrakt wirken und welche nicht, überhaupt nicht beantworten lasse[1]). In der Befreiung des abstrakten Verpflichtungswillens von jeglicher Form liegt aber zugleich ein legislatorischer Widerspruch: in seiner Konsequenz führt dieser Grundsatz zu einer Durchbrechung des gesammten Civilrechtssystems. Es würde dann den Vertragschliessenden offenstehen, durch Auflösung der materiellen Verträge in abstrakte, formlose Versprechen sowohl die bestehenden Formvorschriften (z. B. über Schenkungsverträge) zu umgehen, als auch die Wirkung von Verbotsgesetzen (Wucher, Spiel, Wette, Differenzgeschäft u. s. w.) noch leichter als bei formell-abstrakten Geschäften überhaupt ausser Kraft zu setzen[2]). In gleicher Weise würde Parteiwillkür in die formellen Vorschriften des Prozessrechts über gehörige Klagesubstantiirung beseitigend und abändernd eingreifen können[3]), falls nur der abstrakte Verpflichtungswille irgendwie erklärt wird. Alle diese Vorschriften des materiellen und formellen Rechts, die zwingendes Recht enthalten, würden auf diese Weise zu dispositivem (durch den Partei-

[1]) S. 75.

[2]) Kindels z. Th. sehr berechtigte Angriffe, S. 73: „Man kann nicht alle Versprechen mit Wechselrecht ausrüsten. Durch ein solches Verfahren zerstört man das Civilrecht." S. 78: „Die Formvorschriften der Gesetzgebung fallen zusammen." — Leonhard, Irrth. I, S. 274 hält die Zulassung abstrakter Verträge für höchst gefährlich und durch kein Bedürfniss erfordert; das Wuchergesetz würde illusorisch und die schlimmen Folgen der Wechselfreiheit verzehnfacht.

[3]) Schlesinger, S. 116. — Nicht begründet ist die weitere Befürchtung Schlesingers — die gegen das abstrakte Versprechen überhaupt verwerthet wird —, dass nämlich aus einem materiellen Vertrage (z. B. Kauf- oder Miethsvertrage) lediglich die Klage auf das vom Gegner gegebene Versprechen schlechthin gestützt und diesem dadurch die exceptio non adimpleti contractus abgeschnitten werden könne. — Witte, Krit. Vierteljahrschrift VI, S. 367 entgegnet mit Recht, dass ja gar kein auf die Begründung einer einseitigen Schuld gerichteter Wille vorhanden gewesen sei, und dass also sich der Beklagte darauf berufen könne, er habe ein einseitiges Versprechen niemals abgegeben; gegenüber dieser negativen Litiscontestation würde sich der Kläger ausser Stande finden, seinen Anspruch durchzuführen.

willen abänderlichem) Rechte werden. Eine derartige das ius cogens erschütternde Konsequenz wird aber die Rechtsordnung vermeiden müssen[1]. — Derartigen Erwägungen hat auch Brinz[2]) Beachtung geschenkt, der sich im allgemeinen den Untersuchungen Bährs anschliesst, aber doch zögert, die bindende Kraft des formlosen abstrakten Versprechens als Grundsatz ohne Ausnahme aufzustellen. Ihm scheint soviel sicher, dass die formale Wirksamkeit des Schuldscheins nicht schon in dem Versprechen liege; denn dieses könne zwar Grundlage von Obligationen werden, sei aber nicht schon als solches — mit Abstraktion von seinem Grunde — bindend, es sei nur der Grundsatz anzuerkennen, dass auch aus formlosem Vertrage Obligationen entspringen, nicht aber auch der, dass ein formloser Vertrag an sich Obligationen erzeuge, Formlosigkeit gewissermassen Form.

In richtiger Bewerthung der von der Rechtsordnung erlassenen Formvorschriften kommt Brinz zu dem Schlusse: „Soll ein Vertrag formal wirken, d. h. ohne seinen inneren Grund, so begehren wir von ihm als Ersatz für den mangelnden Grund gleich den Römern eine gewisse Form. Und diese möchte nun für uns die Schrift sein.“

§ 13. Regelung im Bürgerlichen Gesetz-Buch.

Schliesslich entspricht auch die Regelung, welche diese Fragen im BGB. bei den Vorschriften über Schuldanerkenntniss, Schuldversprechen und Anweisung (§§ 780 ff., 783 ff.) gefunden haben, der hier vertretenen Auffassung, und die betreffenden Bestimmungen des Gesetzbuches halten in glücklicher Weise die Mitte zwischen den praktischen Bedürfnissen des Verkehrs und der nothwendigen Geschlossenheit des civilrechtlichen Systems.

---

[1]) vergl. noch Kindel, S. 78. Er geht aber wieder zu weit und begründet seinen Angriff damit, dass dann „der Kläger die sein Recht materiell begründenden Thatsachen nicht mehr zu beweisen haben würde.“ (Vergl. auch a. a. O. Anm. 57.) Das ist gar keine von der Rechtsordnung absolut auszuschliessende Konsequenz: sie wird ja bei abstrakten (formalen) Geschäften ohne weiteres zugelassen. — Dernburg, Pr. Pr. R. II, S. 36 ff. — Pand. II, S. 64, Anm. 11.

[2]) Pand. § 100, S. 421 ff.

Zunächst hat die Kommission den Anregungen, allgemeine Vorschriften über einen Anerkennungsvertrag und dessen Wirkung in den allgemeinen Theil des Gesetzbuches aufzunehmen, keine Folge gegeben[1]), sich vielmehr darauf beschränkt, specielle Vorschriften nur für den praktisch wichtigsten Fall, das Schuldanerkenntniss zu erlassen.

Man erkannte im Hinblick auf die bisherige Rechtsentwicklung ein häufiges Bedürfniss an, im abstrakten Schuldversprechen einen im Rechtswege leicht zu verfolgenden und deshalb auch leicht zu verwerthenden Anspruch zu schaffen, und im abstrakten Schuldanerkennungsvertrag ein Schuldverhältniss von seinem bisherigen Verpflichtungsgrunde abzulösen[2]). Aber die Kommission verlor über der Anerkennung eines Grundsatzes nicht die Schwierigkeit seiner praktischen Durchführbarkeit aus den Augen: sie stellte an die Spitze ihrer Erwägungen den bereits in den Motiven[3]) ausgesprochenen Satz, dass dem abstrakten Schuldversprechen Wirksamkeit nur beigelegt werden könne, wenn der Wille des Schuldners, sich abstrakt zu verpflichten, zweifellos feststehe; aus dem bloss mündlichen, die materielle causa nicht ergebenden Versprechen des Schuldners aber sei jener Wille nicht zu entnehmen[4]). Es wird daher dem bloss mündlichen abstrakten Versprechen die prinzipielle Anerkennung versagt, weil es die dringendste Gefahr schwerwiegender Übelstände hervorrufen würde[5]).

Zur Vermeidung dieser Übelstände und zur Kenntlichmachung des abstrakten Verpflichtungswillens wird daher eine bestimmte

---

[1]) Prot. Bd. I, S. 166 u. 271. Bd. II, S. 440 ff. S. 492 ff.

[2]) Prot. Bd. II, S. 501 ff. — Meisner, Komment. Bd. II, S. 259, Anm. 1 u. 2.

[3]) Bd. II, S. 688 ff. — Meisner, Komment. Bd. II, § 780 Anm. 2.

[4]) Es liegt dies — so meinen wohl die Motive — an der thatsächlichen Unmöglichkeit, die mündliche Verpflichtungserklärung von der „Kausalberedung“ äusserlich zu sondern.

[5]) Mot. a. a. O. — Als solche Übelstände werden erwähnt: „Im Falle bloss mündlichen Verhandelns bliebe immer die Gefahr, dass in vielen Fällen der entscheidende Wille für erwiesen angenommen würde, wo er in Wirklichkeit fehlte. Unvermeidlich wäre eine grosse Zahl von Prozessen, in welchen über die wirkliche Intention des Schuldners gestritten würde und diese schwer zu ermitteln wäre.“ Ferner: „Gegen die . . dem Schuldner drohenden Härten und Unbilligkeiten liessen sich auch keine Kautelen schaffen.“

Form erfordert, als welche in Rücksicht auf die Entwicklung des modernen Geschäftsverkehrs nur die Schriftform in Frage kommen konnte.

Unter Beobachtung dieser Form kann also gemäss § 780 BGB. der Schuldner in der Weise versprechen, „dass das Versprechen selbständig die Verpflichtung begründen soll." So erreicht auch hier die Rechtsordnung die Ausscheidung des Kausalmoments, die Abstraktion von dem Rechtsgrunde durch eine denselben ersetzende und die Abstraktion verdeutlichende Form.

Allerdings ist die Schriftform als solche keine stilistische Form; man könnte anführen, dass sie allein den Abstraktionswillen, d. h. den Willen, ein abstraktes Versprechen abzugeben nicht im mindesten mehr verdeutlicht, als das bloss mündliche Versprechen. Indessen liegt in dem absichtlichen Weglassen des Kausalverhältnisses bei der Schriftform, in der gewollten Unvollständigkeit der Wiedergabe insofern eine stilistische Form, als nunmehr der endgiltige Abschluss des Geschäfts und gerade dieses bestimmten, abstrakten Geschäfts gemäss des Willens der Parteien nach aussen offenbar wird.

Dies der Grundsatz, dem auch die Motive[1]) entsprechen: „Der entsprechende Wille des Schuldners erhellt aus der die Abstraktheit ergebenden Schrift und aus der dieser nach der Verkehrssitte beiwohnenden Bedeutung. Es kann deshalb daneben nicht noch der besondere Beweis des abstrakten Verpflichtungswillens des Schuldners verlangt werden." — In den meisten Fällen wird also der Richter keine Veranlassung haben, einen derartigen Beweis zu fordern: doch würde es — worauf auch die Protokolle[2]) hinweisen — unrichtig sein, dem Richter neben dem schriftlich ertheilten abstrakten Leistungsversprechen jede Prüfung nach dem Willen der Parteien überhaupt zu entziehen. Vielmehr sind Fälle denkbar, in denen der Richter — z. B. bei Unterschriften geschäftsungewandter Landleute — in Würdigung der besonderen Sachlage, das Vorliegen einer abstrakten Obligation trotz Nichtangabe des Verpflichtungsgrundes verneinen könnte[3]).

---

[1]) Bd II, S. 690 ff.
[2]) S. 2587.
[3]) Meisner, Komment. II, Anm. 4 z. § 780.

Nicht fraglich kann es sein, dass auch der § 781, trotzdem er über die abstrakte Wirkung des Schuldanerkenntnisses nichts Ausdrückliches besagt, nach seiner Entstehungsgeschichte und seiner Stellung im System, demselben gesetzgeberischen Zwecke dienen soll.

Sowohl in den Motiven[1]) wie in den Protokollen[2]) wird verschiedentlich betont, dass sich Schuldversprechen und Schuldanerkenntniss wesentlich nur in der Form des Ausdrucks unterscheiden: in dem einen Falle verspricht der Schuldner, die Summe an dem und dem Tage zu zahlen; in dem anderen Falle anerkennt und bekennt er, eine bestimmte Summe an dem und dem Tage zahlen zu müssen. In Rücksicht darauf, dass solche feine Unterschiede in der Ausdrucksweise für den praktischen Verkehr nicht zu verwenden sind, werden beide Verträge bezgl. ihrer Wirkung vollkommen gleichgestellt: sie begründen eine Verpflichtung, welche von dem das Versprechen oder das Anerkenntniss veranlassenden Schuldverhältnisse losgelöst ist.

Von der für beide Verträge gegebenen Formenvorschrift ist — ebenfalls im Sinne unserer Ausführungen S. 66 f. — der Abrechnungsvertrag gemäss § 782 befreit, der in den Motiven[3]) als ein Unterfall des indiskreten Schuldanerkennungsvertrages angesehen wird. Unter Hinweis auf die neuere, das Abrechnungsgeschäft als abstrakten Vertrag anerkennende Rechtsentwicklung[4]) wird die formerleichternde Vorschrift damit begründet, dass bei der Abrechnung der Zweck der Anerkennung mit voller Sicherheit das Vorliegen eines bindenden Verpflichtungswillens, die Schaffung eines neuen Schuldgrundes, ersehen lasse[5]). Soll also aus dem Abrechnungsvertrage geklagt werden, so gehören zur

[1]) Bd. II, S. 690.

[2]) Bd. II, S. 503 u. 508.

[3]) Bd. II, S. 691.

[4]) Vergl. Sächs.G.B. § 1401. — Dresdn. Entw. Art. 923. — Seuff. Arch. Bd. 21 No. 31, Bd. 31 No. 258. R.O.H.G. Bd. 4 No. 16, Bd. 3 No. 1, Bd. 7 No. 51, Bd. 10 No. 9, Bd. 11 No. 92, Bd. 15 No. 78, Bd. 16 No. 9 u. No. 35. — Entsch. R.G. Bd. 3 No. 10.

[5]) Prot. Bd. II, S. 509. — Denkschr., S. 93. Freilich hatten die Motive Bd. II, S. 691 ebenso energisch den Standpunkt vertreten, dass auch für den Abrechnungsvertrag unbedingt die Schriftform gefordert werden müsse.

Klagebegründung wieder zwei Behauptungen: einmal, dass ein (mündliches) abstraktes Versprechen vom Beklagten abgegeben, ferner, dass es auf Grund einer Abrechnung ertheilt worden ist. So tritt zu dem formlosen Akt der Abgabe des Versprechens der formelle (sich in irgend einer sinnfälligen Form vollziehende) Akt der Abrechnung zwischen den Parteien ergänzend hinzu.

Dagegen ist vom B.G.B. (§ 784) für das Anweisungsakzept die für das allgemeine Schuldversprechen vorgeschriebene Schriftform für erforderlich erklärt, und zwar mit der weiteren Formvorschrift, dass die Annahme durch einen schriftlichen Vermerk auf der Anweisungsurkunde zu erfolgen hat. So wird die konstitutive Wirkung des Akzeptes offenbar; der Anweisungsempfänger erhält ein selbständiges Recht, unabhängig von demjenigen Rechtsverhältnisse, welches den Veranlassungsgrund für die Anweisung bildet [1]).

Diese Unabhängigkeit wird erreicht durch Beschränkung des dem Angewiesenen offenstehenden Vertheidigungsrechtes, das entsprechend den Bestimmungen über die materielle Wechselstrenge nur bestimmte Einwendungen zulässt. — So wird auch hier unter den besonderen Verhältnissen der Anweisung und ihrer Annahme die Ausscheidung des Kausalmoments, das Lossagen von dem Rechtsgrunde erreicht durch einen Formalismus des objektiven Rechts, der in unzweideutiger Weise die abstrakte Natur des Annahmeversprechens feststellt [2]).

[1]) Mot. II, S. 559 ff.

[2]) Kindel, nur empfänglich für die durch das abstrakte Geschäft drohenden Nachtheile, nicht auch für die thatsächlich vorhandenen Vortheile meint, dass sich die Vorschriften des B.G.B. über die Anweisung „für das praktische Leben“ nicht aufrecht erhalten liessen und sich in Widerspruch setzten „mit den sonstigen Vorschriften“ des Gesetzbuchs. — Dann wäre auch die Wechselordnung ein fortdauernder Widerspruch gegen diese Vorschriften. Ferner hat wohl gerade das „praktische Leben“ zur Anerkennung der abstrakten Natur der Anweisung gedrängt, um so eine möglichst schnelle und endgiltige Abwicklung der Geschäfte zu erreichen.

IV. Theil.

Die Abhängigkeit vom Rechtsgrunde.

Motto: L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

art. 1131 cod. civ.

§ 14. Vitium des objektiven Rechtsgrundes bewirkt Nichtigkeit.

Oft gelangen wir zu einer vollkommenen Einsicht in das Wesen eines Dinges erst auf einem Umwege: indem wir bei einem Wegfalle desselben das vorher vorhandene vermissen und die Folgen seiner jetzigen Nichtexistenz empfinden, erschliesst sich uns ein besseres Verständniss seines Wesens und Werthes. Es wird von Vortheil sein, diese Methode auch auf den festgestellten Begriff des Rechtsgrundes anzuwenden.

Zunächst kehren wir wieder an den Anfang unserer Erörterung zurück, und zwar zu der daselbst getroffenen, für die weitere Ausführung besonders nothwendigen Unterscheidung von Rechtsgrund im objektiven und subjektiven Sinne.

Die Abhängigkeit der Rechtsgeschäfte von ihrem Rechtsgrunde im objektiven Sinne deckt sich mit diesem Begriffe selbst. Rechtliche Folgen sind nur denkbar, wenn irgend ein rechtlicher Grund für diese Folgen vorhanden ist; dieser Grund kann seine Qualifizirung als Rechtsgrund wieder nur durch einen Spruch des Gesetzgebers, durch ein in der Relation von Grund und Folge überhaupt enthaltenes Urtheil der Rechtsordnung erhalten.

Bekleidet also die Rechtsordnung bestimmte Thatsachen, die ihr geeignet erscheinen, Veränderungen in der rechtlichen Welt hervorzurufen, mit Rechtsfolgen, so können eben diese nicht ein-

treten, wenn jene nicht vorhanden sind. — Werden im besonderen Willenserklärungen abgegeben, die in irgend einem Punkte die vom Gesetz aufgestellten Erfordernisse zur Herbeiführung bestimmter rechtlicher Folgen nicht erfüllen, so sind diese Erklärungen zwar thatsächlich vorhanden, aber nicht für das Recht, jedenfalls nicht als rechtlicher Grund vorhanden, da ihnen jetzt diese juristische Qualifizierung nicht zuerkannt wird.

Es tritt also Nichtigkeit des Geschäfts ein[1]). Der vom Gesetz normierte Thatbestand wird bei der Errichtung des Geschäfts nicht in allen Punkten erfüllt, sei es, dass die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte, insbesondere über Rechts- und Handlungsfähigkeit[2]), oder die besonderen über Form und Inhalt des beabsichtigten Geschäfts[3]) oder ausdrückliche Verbotsgesetze[4]) verletzt werden[5]).

In dieser Beziehung stehen nun abstrakte und materielle Rechtsgeschäfte durchaus gleich, insofern auch die ersteren nur durch Erfüllung eines vom Gesetz bestimmten, allerdings möglichst einfach gestalteten Thatbestandes entstehen und infolgedessen rechtliche Folgen haben. Es kommt hier bei den abstrakten Geschäften nur der knappe äussere Thatbestand in Frage, wie z. B. der für den Wechsel in Art. 4 W.O. bestimmte. Nur ein in dieser Beziehung hervortretender Mangel kann die Nichtigkeit des

[1]) Die Rechtsordnung kann natürlich bestimmen, dass bei inkorrekter Beschaffenheit der Willenserklärung gleichwohl anderweitige Rechtsfolgen eintreten, (z. B. bei der nichtigen Ehe), sodass auch ein „nichtiges Geschäft noch rechtlich vorhanden sein kann." Vgl. Leonhard, Irrth. II. 294 ff. — Arch. f. bürg. R. X, 8 ff. — Allg. Th. S. 428 ff. — Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 139.

[2]) z. B. l. 1 § 2 D. 44,7 — l. 17 D. 28,1. — § 105 B.G.B.

[3]) z. B. l. 6 D. 2,8. — l. 1 § 2 D. 45,1. — §§ 125. 313. 518. 134 ff 310 B.G.B. u. a. m. Art. 4 W.O.

[4]) z. B. l. 34 D. 45,1. — l. 46 D. 18,1. — l. 9 pr. D. 49,16. — §§ 248 B.G.B. 75 H.G.B. — §§ 1 u. 2 Ges. v. 16 Mai 1894.

[5]) Voigt, S. 585 ff. zählt als vitia mit annullierendem Effekt 5 auf: Person des Contrahenten, Objekt des Rechtsgeschäfts, Form und Inhalt. Rechtsgrund. Im Sinne der obigen Ausführungen gehören 1—4 überhaupt zu 5, dem (objektiven) „Rechtsgrunde." Voigt verwerthet hier den Ausdruck wieder in einem beschränkten Sinne, als sogen. „sekundären" Rechtsgrund (z. B. donatio inter virum et uxorem in Form einer stipulatio). Vgl. darüber oben S. 5 ff.

Geschäfts herbeiführen. Welchen weiteren über den engen gesetzlichen Rahmen hinausgehenden materiellen Inhalt das abstrakte Geschäft nach der Absicht der Parteien haben soll, und welche Mängel nach dieser Richtung hin noch eintreten können, interessirt hier bei der Betrachtung eines Mangels im objektiven Rechtsgrunde nicht, da eben jener weitere materielle Inhalt — wie wir sahen, — nach Ausscheidung des Kausalmoments zum Thatbestande des abstrakten Geschäfts nicht mehr gehört.

§ 15. Vitium des subjektiven Rechtsgrundes bewirkt Nichtigkeit.

Wenn wir uns vergegenwärtigen, dass die Rechtsordnung die psychologisch einheitlichen Zweckvorstellungen in der Seele des handelnden Subjekts in solche zerlegt, die sich auf den gesetzlich normierten Inhalt des Rechtsgeschäfts beziehen, und in solche, die über diesen Inhalt hinausgehen, und dass als rechtlich erhebliche Gründe nur die erstgenannten in Frage kommen, so stossen wir auf einen begrifflichen Gegensatz zwischen materiellen und abstrakten Geschäften, sobald jene juristisch erheblichen Zweckvorstellungen sich zwar thatsächlich verwirklichen, rechtlich aber infolge ausdrücklicher Vorschriften des Gesetzgebers unzulässig und ungeeignet sind, rechtliche Wirkung zu erzielen. Es gehören hierher bestimmte Verbotsgesetze, auf Grund deren die zwar auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts, aber einen unzulässigen Inhalt sich beziehenden Zwecke für verbotene Zwecke erklärt werden, wie z. B. Schenkungen zwischen Ehegatten nach römischem, das Zinsverbot nach kanonischem Recht, das Wucherverbot nach § 138 B.G.B. u. a. m.

1.) Bei materiellen Geschäften werden derartige unzulässige Zweckvorstellungen, da sie ja — im Gegensatz zum Beweggrunde — auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts Bezug haben, und sobald sie sich verwirklichen, in dem Inhalte des Geschäftes selber offenbar, wie z. B. in dem auffälligen Missverhältnisse in dem beim wucherischen Geschäfte Leistung und Gegenleistung stehen. — Die von der Rechtsordnung in solchen Fällen verhängte Nichtigkeit ist nur folgerichtig, da ja nunmehr feststeht, dass der sich aus den Parteiberedungen ergebende Inhalt nicht der gesetzlich

normierte ist, weshalb er die im übrigen vorgesehenen rechtlichen Folgen jetzt nicht hat. Es liegt dies offenbar daran, dass bei den materiellen Geschäften der subjektive Rechtsgrund im Falle seiner Verwirklichung zum objektiven Rechtsgrunde wird[1].

2.) Anders bei **abstrakten Geschäften**. Hier ist der subjektive Rechtsgrund, die „juristische Absicht“, durch Ausscheidung des Kausalmoments aus dem gesetzlich erforderlichen Geschäftsinhalte in die Stellung des rechtlich unerheblichen Motivs zurückgedrängt. Da sich diese sonst rechtlich bedeutsamen Zweckvorstellungen hier nicht auf den Geschäftsinhalt beziehen, sondern über ihn hinausgreifen, wie das Motiv bei den materiellen Geschäften, so müssten sie — falls nur im übrigen der Thatbestand des abstrakten Geschäfts korrekt erfüllt wird — dessen rechtliche Wirksamkeit nicht affizieren können. — Aber gerade die entgegengesetzte Erscheinung finden wir im römischen wie modernen Recht: es tritt bei einer von der Rechtsordnung gemissbilligten Beschaffenheit des Zweckes zuweilen Nichtigkeit des ganzen abstrakten Geschäfts ein. Es werden z. B. für nichtig erklärt: Stipulationen, Delegationen, Acceptilationen, die eine donatio inter vivum et uxorem bezwecken[2]), ferner Stipulationen, bei denen der subjektive Rechtsgrund die guten Sitten verletzt[3]); im modernen Recht Wechsel, Schuldanerkenntnisse,

[1]) Die Übergabe der Sache an den Käufer erfolgt zum Zwecke der Erlangung des Kaufpreises: dies ist der rechtlich erhebliche Grund für die Handlung des Verkäufers, sein subjektiver Rechtsgrund. Zahlt nun der Käufer, so ist jener Zweck des Verkäufers verwirklicht und damit zugleich der gesetzlich normierte Thatbestand des Kaufes erfüllt, der objektive Rechtsgrund gegeben für das nun entstehende Eigenthumsrecht des Verkäufers am Kaufgelde.

[2]) l. 3 § 10 D 24, 1: Sciendum autem est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso iure nihil valeat, quod actum est . . . et si stipulanti promissum est, . . . nihil valet: ipso enim iure, quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt. — l. 33 pr. eod.: ex stipulatu petere non potest. — l. 39 pr. eod.: inanem fuisse stipulationem. — l. 5 § 4 eod.: si uxor viri creditori donationis causa promiserit, . . . neque virum liberari, neque mulierem obligari . . . perindeque haberi, ac si nihil promisisset. — l. 17 pr. D. 16, 1. — l. 11, 48 D. 24, 1.

[3]) l. 27 D. 45, 1: . . . siquis homicidi rem vel sacrilegium se facturum promittet, non valet. l. 123 eod.: flagitii faciendi. — l. 26 eod. — l. 2 C. 8, 39. — l 4 C. eod. — l. 8 D. 12, 5.

Schuldversprechen, Schuldverschreibungen auf den Inhaber, durch welche ein verbotenes oder gegen die guten Sitten verstossendes Geschäft bezweckt wird[1]).

Hierin liegt nur eine scheinbare Inkonsequenz des positiven Rechts. Man könnte deduciren: während es grundsätzlich bei den abstrakten Geschäften nicht auf den subjektiven Rechtsgrund ankommt, vielmehr der korrekte Abschluss des Geschäfts ohne weiteres die obligatorische Bindung des Versprechenden herbeiführt, wird jetzt inkonsequenterweise auf das eben ausgeschiedene Kausalmoment zurückgegangen, und es werden dem abstrakten Geschäft, bei denen die unterliegenden kausalen Vorgänge die angegebene gesetzwidrige Beschaffenheit aufweisen, durch Verhängung der Nichtigkeit, die versprochenen Rechtsfolgen wieder abgesprochen[2]). Indessen ist doch zu beachten, dass sich Nichtigkeit und Nichtexistenz eines Rechtsgeschäfts keineswegs decken, vielmehr auch das nichtige Rechtsgeschäft noch Rechtsfolgen hat: man denke an Konversion, Ratihabition, nichtige Ehe[3]). Es liegt dies daran, dass Thatsachen, auch rechtliche, sich nicht aus der Welt schaffen lassen, dass also ein nichtiges Rechtsgeschäft nicht bloss thatsächlich, sondern auch in der rechtlichen Welt vorhanden gewesen

[1]) § 134 ff. 138, 780 ff. 793 ff. B.G.B. — Art. 82 WO. — Beim Wechsel: verbotenes Spiel R.O. H.G. 1, S. 169; 10, S. 387; — Differenzgeschäft R.O. H.G. 3, S. 359 f., — unsittlicher Vertrag, R.O. H.G. 23, S. 226. — Wucher, R.G. 8, S. 97. — Für letzteren Fall noch R.G. in Gruchot 34, S. 1219: „Greift der Einwand des Wuchers durch, so ist die Wechselklage überhaupt abzuweisen. Dasjenige, was der Wechselschuldner wirklich von dem Wechselgläubiger erhalten hat, kann nicht auf Grund des Wechsels gefordert werden: hierzu bedarf es einer besonderen Ersatzklage. — Ferner R.G. 5, S. 124.

[2]) Tritt Nichtigkeit ein, so sind rei vindicatio oder andere dingliche Klagen gegeben, daher insoweit die Kondiktionen ausgeschlossen. Eine Bereicherung aber kann auch beim Vorliegen eines nichtigen Geschäfts insofern hervorgebracht werden, als eine solche schon in der blossen Bewirkung einer Thatsache liegt (z. B. Verschaffung des Besitzes l. 46, l. 6 D. 24. 1. — Seuff. Arch. 3, S. 177; 18, S. 113), oder der Empfänger das Empfangene in seinem Nutzen verwendet. — Windscheid, Pand. II, § 423 Nro. 1. — Kipp Parteiw. S. 12.

[3]) Vgl. Anm. 1, S. 82.

ist [1]). Hierans folgt andererseits, dass nicht immer — falls nur der Thatbestand des Geschäftsabschlusses vorhanden ist — auch die sonst hiermit verbundenen Rechtsfolgen eintreten müssen, da der Gesetzgeber diese in Rücksicht auf andere Vorschriften der Rechtsordnung in bestimmter Richtung inhibiren muss. So auch hier die Nichtigkeit des abstrakten Geschäfts bei gesetzlich gemissbilligter Beschaffenheit des Zweckes.

Gleichwohl ist diese Verhängung der Nichtigkeit sehr bemerkenswerth; man ersieht aus ihr, dass der Gesetzgeber die Fäden, mit denen das abstrakte Geschäft an das kausale Verhältniss geknüpft ist, nicht völlig löst. Dem beim abstrakten Geschäft vor sich gehenden künstlichen Abstraktionsprozesse wird dann kein Erfolg beigelegt, wenn andere Vorschriften der Rechtsordnung durch diesen Erfolg verletzt werden würden. Die Gesetzgebung muss in dieser exceptionellen Weise verfahren zu Gunsten jener Vorschriften, die als das übergeordnete Prinzip erscheinen, weil im entgegengesetzten Falle das abstrakte Geschäft eine leichte Handhabe böte, alle sonst für nichtig erklärten Geschäfte zu verwirklichen und so eine völlige Durchbrechung des objektiven Rechts herbeizuführen.

Die gleichen Regeln haben natürlich auch für die Anwendung des hier namentlich in Betracht kommenden Schuldversprechens und Schuldanerkenntnisses (BGB. §§ 780, 781) zu gelten.

Deutlich erkennbar ist bei diesen abstrakten Geschäften noch die Durchführung des legislatorischen Grundsatzes, dass durch dieselben andere wichtige formelle oder materielle Vorschriften der Rechtsordnung nicht umgangen werden sollen, namentlich im Hinblick auf die §§ 518, 2301, durch welche die Formvorschriften der Schenkung und der letztwilligen Verfügung, wie auf § 762, Abs. 2, durch den die Klaglosigkeit von Spiel und Wette gegenüber den sonstigen Wirkungen des abstrakten Geschäfts aufrecht erhalten werden sollen.

---

[1]) Windscheid, Pand I, S. 220, Anm. 2 spricht nur davon, dass das nichtige Rechtsgeschäft nur thatsächlich vorhanden sei, für das Recht aber nicht existiere.

§ 16. Vitium des subjektiven Rechtsgrundes bewirkt Entstehen einer Restitutionsverbindlichkeit wegen ungerechtfertigter Bereicherung.

Nicht immer geht die Rechtsordnung soweit, bei einer fehlerhaften Beschaffenheit oder einem Mangel der subjektiven causa die Nichtigkeit des Geschäfts auszusprechen.

Wir vergegenwärtigen uns, dass eine Änderung des vermögensrechtlichen Zustandes eintreten kann entweder auf Grund von Rechtsgeschäften oder auf Grund sonstiger juristischer Thatsachen (Rechtsgrund im objektiven Sinne); denn nur an derartige äussere Ereignisse kann der Gesetzgeber Rechtsfolgen anknüpfen.

Dies ist das formelle Princip, mit dessen Befolgung sich gewöhnlich das älteste Recht in einer gewissen Unbeholfenheit und seiner Vorliebe für sinnfällige Formen begnügt. Eine Erweiterung zu dem „Zweck im Recht“ bringt das materielle Princip, das den vermögensrechtlichen Verkehr mehr nach wirthschaftlichen Grundsätzen und nach den vernünftigen Interessen der Betheiligten zu regeln bestrebt ist: nur der Vermögenserwerb erscheint gerechtfertigt, bei dem eine Ausgleichung des auf der anderen Seite nothwendig entstehenden Vermögensverlustes erfolgt, wenn nicht etwa der verlierende Theil selbst darauf verzichtet hat (Schenkung.) Das formelle Princip kann der Gesetzgeber wegen Rücksichten auf die Sicherheit des Rechts und des Verkehrs niemals ganz verlassen: der formelle Rechtserwerb muss eintreten. Verletzt dieser aber jenes materielle Princip der Ausgleichung, so entsteht nunmehr zur Milderung des rechtlichen Formalismus eine Ausgleichungspflicht. Diesem Zwecke dienen die Kondiktionen, die sich gegen ein locupletiorem esse, habere sine causa, d. h. gegen einen Vermögenserwerb unter Verletzung jenes materiellen Prinzips richten [1]).

Diesen Bereicherungsklagen ist sowohl der Rechtserwerb auf Grund von Rechtsgeschäften, wie derjenige auf Grund von sonstigen

[1]) v. Mayr, S. 7, spricht von der Aufgabe der Rechtsordnung, „das entsprechende Verhältniss zwischen Leistung und Gewinn zu erhalten, nicht Leistung ohne Gewinn, noch auch Gewinn ohne Leistung unbehindert vor sich gehen zu lassen.“ — Wird dieses Verhältniss gestört, d. h. tritt eine Bereicherung ein, die nicht von einem im Rechtssystem anerkannten Rechtsgeschäfte umspannt wird, so ist die Bereicherung eine widerrechtliche.

rechtserheblichen Thatsachen ausgesetzt. — Bezüglich der letzteren genügt es, darauf hinzuweisen, dass sie in Handlungen des Bereicherten (bona und mala fide: Verbindung, Vermischung, Konsumption, Delikte) oder in zufälligen äusseren Ereignissen (avulsio, Zulaufen von Thieren, ea quae vi fluminum importata sunt etc.) bestehen können. Immer geschieht in diesen Fällen Rechtsverlust auf der einen, Rechtserwerb auf der anderen Seite; da letzterer aber lediglich in Anknüpfung an bestimmte Thatsachen ohne Rücksicht auf den zugleich eintretenden Verlust vor sich geht, erscheint die causa dieses Rechtserwerbes materiell nicht gerechtfertigt.

Dasselbe gilt von den Rechtsgeschäften. Diese sind zwecklos, wenn eben ihr Zweck nicht erfüllt wird, d. h. wenn sie nicht als Mittel dienen zur Befriedigung der wirthschaftlichen Bedürfnisse der Parteien. Aber wieder kommt hier nicht jeder bei der Eingehung des Rechtsgeschäfts vorgestellte Zweck in Frage, sondern nur der rechtlich erhebliche Zweck, der rechtlich zureichende Grund. — Ein vitium dieses subjektiven Rechtsgrundes liegt also dann vor, wenn jener rechtliche Zweck sich nicht verwirklicht, eine Affection, der naturgemäss materielle wie abstrakte Geschäfte ausgesetzt sind. —

1.) Nun ist bei den materiellen Geschäften zu beachten, dass sich der bei einer Vertragsleistung gesetzte Zweck auf den Inhalt, auf die gesetzlich festgestellten Begriffsmerkmale des betreffenden Vertrages bezieht[1]), und dass in diesem Sinne die causa „mit dem Veräusserungs- und Verpflichtungsakte selbst zusammen die causa acquirendi für den anderen Theil bildet, dem ein Rechtserwerb zugedacht ist[2]).“

So muss auch insbesondere bei der traditio eine causa traditionis ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden, aber diese „einseitige Erklärung des Tradenten[3])“ ist zunächst völlig ausreichend, um mit der traditio zusammen eine Erwerbsvoraussetzung für den Empfänger zu bilden, d. h. um Eigenthum zu begründen. Es begnügt sich das römische Recht nicht mit einer nuda traditio,

[1]) Deswegen spricht Lotmar von einem „begrifflichen“ Zweck.

[2]) Leonhard in Pauly-Wissowa s. v. causa.

[3]) Leonhard, Instit., S. 273.

sondern es muss hinzutreten eine iusta causa traditionis[1]), ein Ersatz für die feierliche strenge Form bei der mancipatio und in iure cessio. Diese iusta causa als Angabe eines rechtlich erlaubten Zweckes versetzt überhaupt den Traditionsakt, der doch auch rechtlich ganz unerheblich sein kann (z. B. Übergabe einer Sache zum Ansehen), erst in das juristische Gebiet; bei der mancipatio und in iure cessio übte die gleiche Wirkung die genau festgestellte Form aus, welche die Handlung ohne Weiteres als eine rechtliche kennzeichnete.

Insofern ist also die Tradition nicht abstrakt, sondern abhängig von einer causa; denn liegt eine derartige iusta causa nicht vor, sondern ein rechtlich unerlaubter Zweck, z. B. Schenkung unter Ehegatten oder über 500 solidi ohne gerichtliche Insinuation, dann fehlt es überhaupt an einer causa acquirendi für den Empfänger, Eigenthum kann nicht entstehen, die Tradition ist nichtig. Da nun zur juristischen Erläuterung des Traditionsaktes die Angabe einer derartigen iusta causa durch den Tradenten genügt, so folgt hieraus, dass ein Dissens der Parteien über dieselbe die Giltigkeit des Geschäftes selbst nicht angreifen kann[2]). — Man muss also diese causa traditionis als einseitige Zwecksetzung durch den Tradenten wohl unterscheiden von der Abrede beider Theile über den Traditionszweck, die sich deckt mit dem erklärten Konsens der Parteien über das betreffende materielle Geschäft, zu dessen Vollzuge die Tradition dienen soll[3]).

Diese nothwendige Unterscheidung aber macht weiter ersichtlich, dass die römischen Juristen die Tradition bereits in gewisser Beziehung von dem Zustandekommen des Veräusserungsgeschäftes

[1]) Paulus in l. 31 pr. D. 41, 1.

[2]) Julian in l. 36 D. 41, 1.

[3]) Leonhard, Instit., S. 273 Anm. 4 u. S. 316 Anm. 2, weist auf die häufige Verwechslung beider Begriffe hin. — So z. B. v. Czyhlarz, Lehrb. d. Jnstit. § 52. — Puchta, Instit. II, § 241 zunächst richtig: . . . „es beweist also nur, dass die iusta causa nicht nothwendig ein abgesondertes Geschäft, und dass bei einem solchen nicht das ganze Geschäft, sondern nur jener Wille, den es enthält, die wesentliche iusta causa ist." — Später erklärt er aber dem übereinstimmenden Willen, Eigenthum zu geben und zu nehmen, für die iusta causa.

loslösten, ohne jedoch zu einer festen Theorie über die Natur der Eigenthumstradition zu gelangen[1]). —

Man wird also die abstrakte Natur der traditio insoweit bestreiten können, als sie ihre insta causa als nothwendige Erwerbsvoraussetzung aus dem zu Grunde liegenden materiellen Geschäfte entnehmen muss; dagegen kann man sie in Ansehung ihres Erfolges für unabhängig von dem Zustandekommen des materiellen Geschäfts und in diesem Sinne als abstrakt hinstellen[2]). —

Nach dem Rechte des B.G.B. kann über die abstrakte Natur der Tradition wie des Leistungsgeschäfts überhaupt kein Zweifel mehr bestehen. Ist das Leistungsgeschäft, der „dingliche Vertrag", die „Einigung"[3]) an sich giltig und wirksam erfolgt, so treten

[1]) Vgl. bes. die Antinomie zwischen l. 36 D. 41, 1 (Julian) und l. 18 pr. D. 12, 1 (Ulpian), sowie die umfangreiche Litteratur bei Windscheid Pand. § 172. Das Entscheidende in dieser Frage ist überhaupt, welchen Werth man dem Julianischen Excerpt beilegt. Hält man es für eine Interpolation — wofür allerdings die auffällige Ausdrucksweise fundum tradere statt mancipare und die Nichtübereinstimmung des Schlusssatzes mit der hierauf Bezug nehmenden l. 18 D. 12, 1 spricht (vgl. Jörs in Birkm. Encykl. S. 109) —, so würde man von der feinen Unterscheidung des titulus und der insta causa bei der traditio absehen können. Es bleibt aber auch dann noch wie bei jeder Vermuthung einer Interpolation die Frage bestehen: wie ist die Entstehung der Anschauungsweise bei den interpolierenden Juristen selbst und ihr Gedankengang zu erklären? Die natürliche Erklärung spricht doch dafür, dass sie auf bestimmte, irgendwo in der Litteratur schon ausgesprochene Ansichten zurückgegangen sind.

[2]) Ihering, Geist III 1, S. 206 f. spricht deswegen von einem „Doppelcharakter der juristischen Thatsachen". — Häufig wird in den Quellen die traditio mit der abstrakten stipulatio in Parallele gestellt: jene heisst naturalis, diese civilis acquisitio. l. 53 D. 41, 1. — l. 10 § 1, l. 22 eod. — l. 37 § 5, l. 33 § 2 eod. — l. 45 § 4 D. 29, 2. — l. 45 D. 2, 14. — § 3 Inst. 2, 9. — l. 15 § 3 D. 49, 17. — l. 46 pr. D. 23, 3. — Für die abstrakte Natur der traditio: Savigny, Obl. R. II. S. 255 ff. — Erxleben I, S. 48 f., II, 26 f. — Bähr, § 4. — Fitting in ACPra. 52, S. 419 f. — Schlesinger, S. 11 f. 103. — Lotmar, S. 165 f. — Bekker, in Kr. Viertelj. IX, 284 f.

[3]) Übergabe der Sache zu Eigenthum oder zu Pfand, Auflassung, Abtretung der Forderung, Erlass. — Mot. II, S. 3: „Ein anderer grosser Grundsatz, welcher den Entwurf beherrscht, ist der Grundsatz der Unabhängigkeit des sogenannten dinglichen Rechtsgeschäfts von der obligatorischen causa. Ist jenes Rechtsgeschäft selbst in gültiger Weise vollzogen, so ist es gültig und wirksam, auch wenn der Rechtsgrund, aus welchem die Ver-

die Rechtswirkungen ein, auch wenn das als rechtlicher Grund für die Vornahme des Leistungsgeschäfts angenommene Schuldverhältniss nicht bestanden hat, oder wenn von beiden Parteien verschiedene rechtliche Gründe vorausgesetzt wurden.

Dieses abstrakte Leistungsgeschäft weist die Merkmale des abstrakten Vertrages überhaupt auf: die sonst erheblichen Zweckvorstellungen — hier sich richtend auf das zu vollziehende materielle Geschäft — werden nicht beachtet, sie treten zurück auf die Stufe des Motivs, das Kausalmoment wird ausgeschieden, es treten ohne weiteres Rechtsfolgen ein, wenn nur der einfache Thatbestand des abstrakten Geschäfts erfüllt wird. Es bildet also jetzt in jedem Falle das abstrakte Leistungsgeschäft, auch wenn das bezweckte materielle Schuldverhältniss keine rechtliche Existenz erlangt, zunächst den objektiven Rechtsgrund für die Vermögensübertragung, für das habere des Empfängers, und hieraus erklärt es sich, dass diese Leistung dann nicht vindizierbar, sondern nur kondizierbar ist[1]).

Der Nichteintritt der subjektiven causa löst also das materielle Geschäft in ein abstraktes auf, indem eben nur ein Geschäftstheil verwirklicht wird[2]). Es reduziert sich also die Frage: „wie verhält sich der Nichteintritt der subjektiven causa zu der Wirksamkeit des Geschäfts?“ auf die Frage: „ist das abstrakte Geschäft in seiner Wirksamkeit abhängig von dem Eintritte der subjektiven causa?“ —

pflichtung zur Vornahme des Rechtsgeschäfts (z. B. des Forderungserlasses, der Zession, der Tradition, Auflassung) abgeleitet wurde, nicht bestanden hat oder ungültig war oder die Parteien verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben.“

[1]) Falls der Leistende überhaupt befugt ist, vom Vertrage zurückzutreten oder die Gegenleistung unmöglich geworden ist. (§§ 327, 323 B.G.B.)

[2]) Die Komm.-Protok. II, S. 2955: „Die unüberwindliche Schwierigkeit liege darin, dass es sich um die Zerlegung eines in Wirklichkeit einheitlichen Geschäfts in zwei Theile handele, das Leistungsgeschäft und die Zweckbestimmung, von denen die letztere die Wirksamkeit des ersteren an sich nicht bedinge, aber doch den Einfluss übe, dass die durch das Leistungsgeschäft herbeigeführte Vermögensverschiebung wieder beseitigt werden könne, wenn die Leistung des Rechtsgrundes entbehre, wenn es an einer wirksamen Zweckbestimmung fehle oder der Zweck nicht erreicht werde.“

2.) Anscheinend ist diese Frage schon durch die Ausführungen im II. Theil beantwortet, nach denen es gerade den Begriff des abstrakten Geschäfts ausmacht, dass bei ihm der subjektive rechtliche Grund, der bei den materiellen Geschäften so beachtsam ist, für rechtlich unerheblich erklärt wird. Ist er aber rechtlich unerheblich, so muss wohl auch sein Mangel das abstrakte Geschäft nicht berühren können. — Anders natürlich, wenn dieser rechtliche Zweck ausdrücklich durch Parteiberedung zum Geschäftsinhalte gestellt, zur condicio erhoben worden ist: dann ist auch die causa als condicio zu behandeln und die Giltigkeit des Geschäfts ist von deren Eintritt abhängig. — Dies ist aber eine Besonderheit. Dass im übrigen der Nichteintritt des bezweckten rechtlichen Erfolges den Bestand des abstrakten Geschäfts nicht affizieren könne, würde aus der Natur der Sache und dem Begriffe des abstraktes Geschäfts zu folgern sein[1]).

Indessen treten hier für den Gesetzgeber anderweitige Rücksichten auf, die ihn veranlassen, von der logischen[2]) Konsequenz im Einzelfalle abzugehen, um den Zweck des positiven Rechts überhaupt durchführen zu können: die Ordnung der Lebensverhältnisse nach wirthschaftlichen Grundsätzen. Auch die abstrakten Geschäfte existieren nicht um ihrer interessanten juristischen Formulierung willen, sondern können nur jenem allgemeinen Zwecke des Rechts dienstbar sein. Bilden hiernach die Rechtsgeschäfte und die sich aus ihnen ergebenden Rechtsfolgen Mittel für die Parteien zur Befriedigung ihrer wirthschaftlichen Bedürfnisse, so will im Zweifel die Rechtsordnung solche Rechtsfolgen nicht als endgiltige aufrecht erhalten, die jenen Wünschen in keiner Weise entsprechen. Es giebt daher das positive Recht die Möglichkeit, die von ihm verordneten Rechtsfolgen nicht formell, aber materiell wieder auf-

[1]) Lotmar, S. 85, kommt mit anderer Begründung zu denselben Schlusse: „Wenn der Zweck nicht erreicht worden ist, so sind gleichwohl die Rechtswirkungen des Mittels vorhanden. Für die Berechtigung, sie wegen der Nichterreichung des Zweckes angreifend oder abwehrend anzufechten, lässt sich ein Grund aus der Natur der Sache nicht angeben. Da in der bestehenden Relation von Mittel und Zweck eine Abhängigkeit des Mittels vom Zweck absolut nicht statt hat, so muss die Nichterreichung des Zweckes ohne Einfluss auf das Mittel, ohne Einfluss auf seine Wirkung sein.“

[2]) Die keine juristische Konsequenz zu sein braucht.

zuheben, und zwar durch Gewährung eines Rückgabeanspruchs auf den übergegangenen Vermögenswerth; es stellt besondere Rechtsmittel zur Verfügung, durch deren Geltendmachung die materielle Ausgleichung des Vermögensüberganges erreicht wird: die Kondiktionen des römischen Rechts und die Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung nach BGB.

So beachten wir eine eigenthümliche Erscheinung: zur Entstehung und Existenz eines abstrakten Geschäfts wird das natürliche Abhängigkeitsverhältniss vom Rechtsgrunde gelöst, die Verbindung aber wieder hergestellt für die Beurtheilung seines bleibenden materiellen Erfolges. — Dies Verfahren der Rechtsordnung ist keineswegs widerspruchsvoll[1]). Vielmehr ist das entstandene Rechtsverhältniss dem Einwirken zweier Kräfte ausgesetzt, die sich nach verschiedenen Richtungen bethätigen: die eine Kraft ist die Verwirklichung des Princips der abstrakten Geschäfte, bestehend in der erleichterten Geltendmachung und Verwerthung der Rechte; die andere Kraft ist die Verwirklichung des Zwecks im Rechte, bestehend in der Darreichung von Mitteln zur Befriedigung von wirthschaftlichen Bedürfnissen der Rechtsgenossen. Indem so die Rechtsordnung nicht das ungehemmte Wirken der einen oder der anderen Kraft zulässt, sondern beide sich durch ihre Bethätigung nach verschiedenen Richtungen beschränken, wird ein Zustand herbeigeführt, der sowohl die leichte Verwerthung von Rechten, wie auch eine den berechtigten Wünschen der Parteien und der aequitas entsprechende Verwerthung gewährleistet[2]).

Hat man dieses Einwirken verschiedener Kräfte auf ein Rechtsverhältniss einmal erkannt, dann ist die Lehre von den Kondiktionen keine unorganische, sondern eine in das System des Rechts sich eingliedernde Erscheinung, die man auch anderweitig beob-

[1]) wie Kindel meint.

[2]) Ihering, Geist d. röm. R. III 1, S. 206 f: „Die Gestalt, die das Rechtsverhältniss schliesslich erhält, ist folgeweise nicht das Werk einer einzigen, sondern zweier Kräfte, von denen die eine sich in dieser, die andere sich in jener Richtung bewegt: die eine setzt und schafft, die andere beschränkt, negiert, ergänzt — ein Zusammenwirken von Kräften nach Art des Parallelogramms der Kräfte, bei dem jede Kraft in einer besonderen Richtung thätig ist, die Gesammtwirkung aber in der Diagonale stattfindet."

achten kann[1]). — Systemwidrig dagegen sind die Ausführungen Kindels in diesem Punkte, der nun daraus, dass er die abstrakte Natur der in Betracht kommenden Geschäfte geleugnet hat, seine Folgerungen ziehen muss; nach ihm sollen „kausalose Stipulationen" ein Recht nicht begründen, weshalb auch Kondiktionen und Exceptionen nicht ein entstandenes Recht entkräften, sondern nur darlegen, dass es nicht entstanden sei, und nur der „Schein desselben" vorliege; ebenso soll die „Tradition, welche gegen die Absicht das Rechtsverhältniss nicht löst oder begründet", nichtig sein, da ja durch die Kondiktion zwar nicht die Sache selbst zurückgefordert werden könne, wohl aber die anderweitigen „Rechtsfolgen des immerhin vorhandenen Rechtsgeschäfts" beseitigt würden[2]).

Zunächst tritt Kindel mit sich selbst in Widerspruch, wenn er von „kausalosen" Stipulationen oder Traditionen spricht, da er doch als causa das bei dem Versprechen oder der Übergabe zu begründende, zu sichernde oder zu lösende Rechtsverhältniss definiert. Bei der Stipulation wird doch wohl in jedem Falle — wenn nur die Form erfüllt wird — ein Rechtsverhältniss zu dem Promittenten begründet, bestehend in der versprochenen Verpflichtung, und ebenso bei der traditio ein Rechtsverhältniss, z. B. das Eigenthum an der tradierten Sache; es kann also in diesem Sinne kein „kausaloses" Geschäft vorliegen. Meint Kindel aber — wie es den Anschein hat — mit diesem Ausdrucke entgegen seiner Definition die Nichtverwirklichung des materiellen Veräusserungsgeschäftes, als dessen natürlicher und realer Vollzug die traditio erscheint, und erklärt er im Sinne dieser Auffassung die solcher causa er-

[1]) Ihering a. a. O. weist auf das öffentliche Recht der Römer hin: auf die Rescission der Gesetze, Wahlen und Handlungen der Magistrate durch den Senat. „Was die mangelhafte oder fehlende causa bei dem Eigenthum und der abstrakten Obligation, das ist das vitium bei den öffentlich-rechtlichen Verhältnissen." — Also auch hier lässt das positive Recht entstehen, aber nicht für alle Zeiten bestehen.

[2]) Vgl. S. 28 ff. — 120 ff. — 128 ff. — Aehnlich hatte schon Renaud in ACPra. 29, S. 147 ff. u. 428 ff. den Satz durchzuführen gesucht, dass die im Wege einer indebiti solutio stattgefundene Eigenthumsübertragung nichtig sei, weil sie in Wahrheit nicht aus dem Willen des Gebers hervorgegangen, sodass demselben, sofern die gegebene Sache noch existiere, die Vindikation in freier Auswahl neben der conditio indebiti zustehe. —

mangelnde traditio für nichtig, so verwechselt er wieder die causa traditionis mit dem titulus. Zur Giltigkeit der traditio genügt — wie schon oben erörtert — eine iusta causa, die einseitige Angabe des Tradenten über einen rechtlich erlaubten Zweck; nicht ist weiter erforderlich, dass eine zweite kongruente Willenserklärung des Erwerbers hinzutritt [1]). Hieraus folgt aber, dass sehr wohl jenes materielle Veräusserungsgeschäft infolge mangelnden Consenses nicht zustande kommen, gleichwohl eine giltige Tradition erfolgt sein kann.

Auf dem von Kindel eingeschlagenen Wege gelangt man zu einer vollständigen Verwirrung der hier massgebenden Begriffe. Würden seine Erörterungen von der nothwendigen Untersuchung über Rechtsgrund im objektiven und subjektiven Sinne ausgegangen sein, so würde das Ergebniss die einfache Folgerung gewesen sein, dass, wenn die Rechtsordnung einen bestimmten Thatbestand, wie denjenigen der Stipulation und Tradition normiert, und dieser Thatbestand im konkreten Falle sich verwirklicht, dann auch ohne weiteres die vorgesehenen rechtlichen Folgen eintreten; haben diese aber einmal rechtliche Existenz erlangt, d. h. treten sie nach dem in dem Verhältniss von Grund und Folge enthaltenen Urtheile der Rechtsordnung ein, dann kann diese doch nicht alsbald wieder erklären: „Nein, diese Rechtsfolgen entstehen nicht.“

Das ist kein legislatorisch gangbarer Weg, und am allerwenigsten ist ihn das römische Recht in seinem Streben nach Rechtssicherheit gegangen. Nach seiner Entwicklung ist vielmehr anzunehmen, dass es zum Theil überhaupt den entgegengesetzten Weg eingeschlagen und in der älteren Zeit das formale Prinzip beim abstrakten Geschäft in strenger Konsequenz durchgeführt hat, indem es die Stiputation mit einer endgiltigen Wirkung bekleidete und so den Zwiespalt zwischen der rechtlichen Absicht der Parteien und der objektiven Rechtsfolge unberücksichtigt liess [2]).

§ 17. Geschichtliche Begründung der Kondiktionen.

So sehr die Entstehungsgeschichte der condictiones innerhalb der römischen Rechtsentwicklung im Dunklen liegt, und so erhebliche Streitfragen auch infolge der weitgehenden hypothetischen

---

[1]) Leonhard in Gruchot 38, S. 503 ff.

[2]) Vgl. Liebe, S. 83. — Schlossmann, causa S. 41.

Verwerthung der vorhandenen Anhaltspunkte auf diesem Gebiete bestehen, so viel wird sich aus der geschichtlichen Begründung der Kondiktionen für unsere Zwecke ergeben, dass es nicht Aufgabe dieser Rechtsmittel war, die Nichtigkeit eines Geschäfts geltend zu machen, sondern nur die Wirkungen eines thatsächlich erfolgten Vermögensüberganges für die Zukunft zu beseitigen.

Anders die Ansicht Kindels[1]), die allerdings von seinem Standpunkte aus nur folgerichtig ist, und die er an der Hand der Basiliken und ihrer Scholien zu begründen sucht: dass nämlich die condictio des sine causa Tradierten eine Klage des Eigenthümers gegen den Nichteigenthümer sei, weil eine solche Tradition Eigenthum nicht übertrage.

Diese Ansicht wird weder der Entstehungschichte der Kondiktionen noch ihrer Behandlung in den Quellen gerecht.

1. Von der legis actio per condictionem wissen wir nach dem Berichte des Gajus[2]) soviel, dass sie eingeführt wurde für persönliche Ansprüche auf ein dari oportere, und zwar durch eine lex Silia unbekannten Alters für solche Ansprüche auf eine certa pecunia, und durch eine lex Calpurnia ebenfalls unbekannten Alters für solche Ansprüche auf eine sonstige certa res. Welches nun der hier gerade interessierende legislatorische Grund für die Entstehung dieser legis actio gewesen sei, erklärt Gajus selbst nicht zu wissen; denn auf ein dari oportere könne auch im Sakramentsverfahren und per indicis postulationem geklagt werden. Zur Beseitigung dieser Zweifel, welche die Theorie bis in die neueste Zeit hinein in erheblicher Weise beschäftigt haben, sind zahlreiche Hypothesen aufgestellt worden. — Savigny[3]) vertritt die Ansicht, dass die legis actio per condictionem ursprünglich für den Normalfall der Darlehnsklage eingeführt worden sei. Nach Baron[4]) bestand ihre Eigenthümlichkeit gegenüber den anderen Legisaktionen darin, dass die Formel die Angabe der zu Grunde liegenden causa nicht enthielt, also abstrakt war. Pernice[5])

[1]) Bes. im Arch. f. bürgerl. R. VII, S. 236 ff.

[2]) IV, 20. — Jörs in Birkmeyers Encyklopädie. S. 121 ff. § 51. — Leonhard in Pauly-Wissowa s. v. certum.

[3]) System V, S. 503 ff.

[4]) Abhandlungen I, S. 1 ff., 127 ff. 185 ff.

[5] Labeo III. 1 S. 226 ff.

verzichtet überhanpt darauf, von dem späteren Zustand auf den Charakter dieser zweifelhaften legis actio zurückznschliessen und begnügt sich mit der Feststellnng, dass sie eben alle andern Fälle des dari oportere mit Ausnahme der im Sakramentsverfahren geltend zu machenden Stipulations- und Bnchforderungen zum Gegenstand hatte. Alle diese Hypothesen aber nehmen als sichere Grundlage der legis actio per condictionem an, dass sie eine Klage war zur Geltendmachung eines **obligatorischen** Anspruchs, gerichtet auf die Veränderung eines bestehenden, also **eingetretenen** rechtlichen Zustandes.

Im Formularprozess kann das condicere, wenn eine bestimmte Geldsumme gefordert wurde, gemäss Gajns III, 91 nur mit der Formel erfolgt sein, die Gajus IV, 41,15 angiebt: si paret N.^{um} N.^{um} A.^{o} A.^{o} sestertium decem milia dare oportere, condemna, si non paret, absolve, also mit einer Formel, die den Schuldgrnnd nicht enthält. Diese Formel entspricht derjenigen der actio certae pecuniae creditae.

Man gelangte daher allgemein zu der Ansicht, dass condictio certi und actio certae pecuniae creditae überhaupt identisch wären; und da nach dem Berichte Ciceros in seiner Rede pro Roscio comoedo[1]) jene actio nur auf Grund einer Geldleistung des Klägers oder einer Stipulation oder eines Litteralkontraktes angestellt werden konnte, so ergab sich als Anwendungsgebiet der condictio eben nur diese von Cicero angeführten 3 Thatbestände[2]). — Hiergegen hat zuerst **Karlowa**[3]) auf eine nothwendige Unterscheidung zwischen der condictio und der actio certae pecuniae creditae hingewiesen, da erstere auf ein dare oportere von certa pecunia schlechthin, letztere dagegen nur auf eine dare oportere von pecunia certa **credita**, also auf ein engeres Gebiet Anwendung gefunden habe; als certa pecunia credita aber komme nur die durch stipulatio, Litteralkontrakt und Dahrlehn (nexum) begründete Obligation in Betracht. Besonders scharf trete der Unterschied zwischen beiden Klagen hervor, wenn man erwäge, dass die actio

---

[1]) § 4.

[2]) **Hasse** im Rhein. Mus. f. Jurispr. VI, S. 1—86. — **Voigt**, S. 258 ff. — **Pernice** a. a. O., S. 211 ff — **Kipp** in Pauly-Wissowa s. v. condictio. v. **Mayr** § 3, S. 17 ff. — **Mitteis** in Iher. Jahrb. 39, S. 153 ff.

[3]) Röm. Rechtsgesch. II, S. 594 ff.

certae pecuniae creditae zur Geltendmachung des alten solennen foenus per aes et libram, des verzinslichen Dahrlehens aus dem zivilrechtlichen Geschäftsverkehr, dagegen die condictio certi zur Geltendmachung des formlosen aus dem ius gentium stammenden Freundesdarlehens, des mutuum gedient haben mag. — Letzteren Gedanken nimmt neuerdings Stintzing[1]) auf, indem er zunächst auf die auch von Pernice[2]) und Mommsen[3]) vertretene Auffassung hinweist, dass die oben erwähnte lex Calpurnia identisch sei mit der lex Calpurnia de repetundis 605/149; dann ergebe sich als Anwendungsfall der condictio allgemein ein repetere im technischen Sinne: ungerechtfertigtes Erlangen, Erpressung, welchem Thatbestande sich das Behalten der nummi aus dem mutuum (einem „Gefälligkeits- und Gelegenheitsvorgange") als ein Behalten ex iniusta causa analog anschliesse. So aber grenze sich die condictio scharf gegen die actio certae pecuniae creditae ab: Grund der ersteren sei ein ungerechtfertigter Erwerb, ein ausserhalb von Vertragsverhältnissen liegender thatsächlicher Vorgang; Grund der letzteren ein creditum, sie habe Vertragsnatur.

Durch diese mit erheblichen Gründen unterstützten Ausführungen wird allerdings die Kontinuität in der Entwicklung der römisch-rechtlichen Kondiktionen gesichert; schwierig aber bleibt die Beweisführung in den einzelnen Fällen immerhin, weil sich allmählig die Gegensätze zwischen der condictio certi und actio certae pecuniae creditae abschleifen, und schon bei Ulpian und Paulus beide Klagen unter der gemeinsamen Rubrik „de rebus creditis" erscheinen; Justinian gleicht dann den natürlichen Gegensatz gewaltsam aus[4]).

---

[1]) Beiträge zur röm. Rechtsgesch. (1900) nro. 1: zur Geschichte der condictio.

[2]) Labeo III, S. 233.

[3]) Röm. Strafrecht, S. 708.

[4]) Vgl. bes. l. 9 D. de reb. cred. 12, 1, wo die condictio certi zu einer allgemeinen Konkurrenzklage erweitert ist: nach Pernice (Zeitschrift d. Savigny-Stift. R.A. Bd. 13, S. 248 ff.), um dem Kläger den Vortheil eines schleunigen Verfahrens zu gewähren. — Mitteis (Iher. Jahrb. Bd. 39, S. 153 ff.) führt an, dass im klassischen Recht die Konkurrenz der condictio mit einer Kontraktsklage nur dann gegeben war, wenn ein besonderer kondiktionsrechtlicher Thatbestand vorlag: ein Haben aus fremden Vermögen sine causa oder causa finita. — v. Mayr § 17, S. 276 ff.

Aber auch im übrigen findet man in der Litteratur — wie sehr auch sonst die Meinungen auseinander gehen mögen — allgemein eine Geneigtheit vor, eine innere Verwandschaft der Klage aus dem mutuum und der Klagen wegen ungerechtfertigter Bereicherung anzunehmen, indem darauf hingewiesen wird, dass sich bei den klassischen Juristen beide Klagekategorien gerade unter dem Gesichtspunkte des habere sine causa zusammenschliessen, und dass als verbindendes Element die Rückgabe desjenigen angesehen wurde, was der Beklagte irgendwie ungerechtfertigter Weise in Händen hatte [1]). — Nachdem so das allgemeine Prinzip festgestellt war, blieb es nur noch Aufgabe der systematisierenden Jurisprudenz, die Abgrenzung der einzelnen Thatbestände, die unter einer derartigen generellen condictio ex iniusta causa zusammenflossen, vorzunehmen.

Ein Seitenast in der Entwicklung der Kondiktionen bedeutet die condictio incerti, deren Entstehungsgeschichte nach Stintzing auch jetzt noch ein Räthsel ist, deren Existenz in der Litteratur z. Th. überhaupt bestritten wird. Ihren Ursprung scheint diese Klage aber weniger auf materiell-rechtlichem, als vielmehr auf prozessualem Gebiete zu nehmen, indem auch hier materiell ein repetere zu Grunde lag, und nur unter Durchbrechung alter Prozessprinzipien auf ein incertum geklagt werden konnte, besonders seit Einführung des Formularverfahrens mittelst einer vom Prätor auf den Einzelfall gestellten Formel [2]).

[1]) Voigt S. 262 spricht von dem „spezifischen Moment des dare oder adnumerare, der als der lexikalische oder logische Kern herausgegriffen, und an welchen die condictio indebiti angefügt wurde.“ — Gai III, 91: qui non debitum accepit . . . ac si mutuum accepisset. — I. 5 § 3 D. 44,7. — § 6 I. 3,27. — § 1 I. 3,14. — Pernice Labeo III, S. 220 f. I, S. 148 f. — Kipp in Pauly-Wissowa s. v. condictio sub II. — Wendt in Iher. Jahrb. Bd. 22 S. 313 ff. — v. Mayr § 18.

[2]) So Stintzing a. a. O., S. 33 ff. — Lenel (Ed. perp. S. 184 f.) meint, der Gegensatz zwischen certum und incertum liege überhaupt nicht im Gebiete der condictiones; der Gegensatz des si certum petetur sei einfach das gesammte Gebiet des incertum petere. — Ähnlich Pernice (Labeo III S. 209 ff.): die condictio incerti habe sich aus dem quanti ea res est der condictio triticaria entwickelt. — Trampedach (Zeitschr. d. Savigny-St.R.A. Bd. 17, S. 97 ff.) leugnet den technischen Begriff der condictio incerti und hält die Bezeichnung für eine Erfindung der Kompilatoren. — Pflüger (ebenda Bd. 18, S. 73 ff.) bestreitet überhaupt, dass es materiell im klassischen

2. Aus dieser geschichtlichen Entwicklung der Kondictionen ist doch wenigstens soviel ersichtlich, dass ihre gemeinsame Wurzel zu suchen ist in der vom Rechte anerkannten Nothwendigkeit, einen juristisch nicht zu rechtfertigenden Vermögensvortheil des Beklagten dem Kläger gegenüber zum Ausgleich zu bringen. Das Ziel dieser Klagen ist also grundsätzlich auf die Rückgabe dieses Vermögenswerthes gerichtet, und nicht auf eine Nichtigkeitserklärung des Vermögenserwerbes; es ist der Beklagte im Genusse des Vermögensvortheils gewesen, es soll aber dieses sein habere, da es ein habere sine causa ist, von nun an und für die Zukunft aufhören. Dies ist vielfach in den Quellen mit grosser Deutlichkeit ausgesprochen worden[1]. — Deshalb tritt auch überall — wie weit auch der Begriff der Kondiktion oft gefasst ist —, das unverkennbare Streben hervor, „die condictio gegen die dingliche Klage abzugrenzen[2], sie im Gegensatz zu derselben zu betrachten, ja die Zulässigkeit einer condictio zu bestreiten, wo und solange noch die dingliche Klage und nur diese begründet war[3].“ — Beweis genug erbringt auch der Umstand, dass nach den Quellen rei vindicatio und condictio in einem ausschliesslichen Verhältnisse zu einander stehen[4].

Recht jemals eine condictio incerti gegeben habe, und sucht ihre Fälle unter die condictio certi oder certae rei unterzubringen, so die condictio cautionis, obligationis und liberationis. — v. Mayr (a. a. O. § 11 S. 215 ff.) ist ebenfalls der Meinung, dass die condictio certi im klassischen Recht nicht vorhanden gewesen, erst von den Kompilatoren geschaffen sei. — Als Quellenstellen kommen in Betracht: l. 3 D. 12,7. — l. 2 § 3 D. 39,5. — l. 7 D. 44,4. — l. 46 D. 23,3. — l. 5 § 1 D. 19,1. — l. 12 D. 46,2. — l. 1 pr. D. 12,7. — l. 76 D. 23,3.

[1]) Die condictio rescindiert nicht ex tunc, sondern ex nunc (l. 19 D. 49,6. — l. 37 § 1. l. 39 cod. l. 65 § 8 D. 12,6. — l. 5 § 1 D. 12 4); die condictio rei geht nicht auf einfache Besitztradition, sondern auf Vornahme eines Eigenthumsübertragungsaktes (§ 14 I. 4,6 — l. 29 § 1 D. 45,1. — Gai Inst. IV, 4.); die condictio obligationis geht nicht auf Ungültigkeitserklärung, sondern auf Liberation (l. 5 § 1 D. 19,1. — l. 24 D. 12,6. — l. 9 l. 1 D. 12,4. — l. 5 § 5 D. 44,4. — l. 19 D. 18,4. — l. 38 § 1 D. 17,1.)

[2]) So die Definitionen der condictio in Gai. IV, 5. — § 15 I. 4,6. — l. 25 pr. D. 44,7.

[3]) Bolze in ACPra. 78, S. 422.

[4]) l. 22 § 2 D. 13,7. — l. 15 D. 12,4. — l. 11 § 2 D. 12,1. — l. 29 D. 12,6. — l. 19 D. 46,1. — l. 53 D. 12,6. — l. 67 D. 33,3. — § 14 I. 4,6.

Wenn nun gegenüber dieser einfachen und klaren Erfassnng der rechtlichen Sachlage Kindel[1]) behauptet: „der Tradent, welcher ohne Rechtsgrund übergiebt, bleibt Eigenthümer. Er kann daher die Sache zurückfordern. Freilich steht ihm nur die condictio, nicht die vindicatio zu," so ist ein grösserer Widerpruch als dieser innerhalb dreier kurzer Sätze nicht mehr möglich.

§ 18. Dogmatische Begründnng der Kondiktionen.

Ist — wie im vorigen § festgestellt — Voraussetzung der Kondiktion ein formell-rechtlich vollendeter Vermögensübergang zwischen Kondiktionsschuldner und Kondiktionsgläubiger, so ist an sich die Rüge Voigts[2]) zutreffend: die moderne Theorie trete mit dem wahrheitswidrigen Satze, dass die Kondiktionen Klagen auf Herausgabe eines Vermögenserwerbes ohne Rechtsgrund seien, in den „direktesten offensten Widerspruch mit der Theorie des römischen Rechts."

Indessen ist der gleiche Widerspruch schon innerhalb der römisch-rechtlichen Theorie selbst vorhanden. Die römischen Juristen stehen nämlich gar nicht an, den Thatbestand der condictio sine causa als ein „sine causa esse aliquid apud aliquem" zu bezeichnen[3]). — Dieser sonderbare Widerspruch ist Voigt indess keineswegs entgangen[4]); um ihn aber zu lösen, nimmt er seine Zuflucht zu der bereits kritisierten[5]) Theorie vom primären und sekundären Rechtsgrunde. Hierbei verwischt er jedoch wieder die mühsam gezogenen Grenzlinien zwischen dem Rechtsgrunde im objektiven und subjektiven Sinne, indem er ausführt, dass nicht ein vitium des primären, sondern nur des sekundären Rechtsgrundes die Kondiktion begründe.

Der angebliche Gegensatz, in welchem die moderne Theorie und diejenige der römischen Quellen stehen sollen, und der schein-

[1]) S. 125. Eine besonders zu erklärende Ausnahme bildet freilich die condictio furtiva.

[2]) S. 322 f — 618 f.

[3]) Vgl. l. 6 D. 24,1. — l. 66 D. 12,6. — l. 30 pr. D. 19,1. — l. 50 pr. 23,3. — l. 2 D. 12,7.

[4]) Vgl. S. 473 ff.

[5]) S. oben, S. 6 ff.

bare Widerspruch innerhalb der letzteren selbst klärt sich vollständig auf, wenn wir an den Anfang unserer Erörterung zurückkehren und uns vergegenwärtigen, dass sowohl „causa“ von den römischen Juristen, wie „Rechtsgrund“ von den modernen in zwei scharf auseinander zu haltenden Bedeutungen gebraucht wird: im objektiven Sinne, als ein vom Gesetzgeber (auch vom Gewohnheitsrechte) mit Rechtsfolgen bekleideter Thatbestand, und im subjektiven Sinne als rechtlicher Grund für die Willensäusserung des handelnden Subjekts.

Wird die Vermögensübertragung — woran wir zunächst anknüpfen — durch ein „negotium contractum“ vermittelt, und wird dieses als ein solches sine causa betitelt, so ist das keine contradictio in adjecto, sondern nur die Verwendung des Wortes causa im letztgenannten subjektiven Sinne. Von diesem Standpunkte aus ist es kein logischer Widerspruch, wenn die Kondiktion als Rechtsmittel zur Wiederaufhebung eines „ohne Rechtsgrund“ (sine causa)“ erfolgten Vermögensübertragung bezeichnet wird.

Nun ist selbstverständlich, dass bei der Vornahme der betreffenden Vermögensübertragung der Geschäftsurheber unter der Einwirkung eines derartigen (subjektiven) rechtlichen Grundes und der Vorstellung eines rechtlichen Zweckes gehandelt hat: denn die causa in diesem Sinne, mag sie der Jurist abtheilen in eine rechtlich unerhebliche und in eine rechtlich erhebliche, ist doch eine „psychologische Nothwendigkeit.“ — Vielmehr ist die Sachlage, welche die Kondiktion erzeugt, so gestaltet, dass sich jener rechtliche Zweck nicht verwirklicht hat, weshalb nunmehr die Vermögensübertragung infolge eines „Urtheils ex post[1])“ als ohne rechtlichen Grund erscheint. — Wie die Handlungsweise eines Menschen hier vom juristischen Standpunkte als „ohne rechtlichen Grund“ angesehen wird, so wird sie in l. 17 § 14 D. 21,1 bei dem erro, qui sine causa frequenter vagatur vom Standpunkte der Moral, in l. 27 D. 4,4 bei dem minor XXV annis, qui sine causa debitori acceptum tulerit, und in l. 72 pr. D. 46,3 bei dem creditor, qui sine iusta causa decem accipere recusavit vom Standpunkte geschäftlicher Diligenz, in pr. I. 2,18 bei den pa-

[1]) Lotmar, S. 90. — Leonhard, Allg. Th., S. 419 spricht von „enttäuschten Voraussetzungen,“ ohne sich zur Windscheid'schen Voraussetzung zu bekennen.

rentes, qni plerumque sine causa liberos suos exheredant vom Standpunkte des verwandtschaftlichen Gefühls als grundlos verurteilt. — Den Juristen interessiert nur der rechtliche Grund, den er von allen andern Gründen abznsondern hat; dieser rechtliche Grund aber kann sich — wie wir festgestellt haben — immer nur auf die Erweisung einer Liberalität oder die Erreichung eines Gegenvortheils (einschliesslich des Rückforderungsanspruchs) beziehen (subjektiver Rechtsgrund) und scheidet sich so von allen andern Gründen (Beweggrund, Motiv).

Den Mangel dieser rechtlichen causa berücksichtigt der Gesetzgeber durch Gewährung einer die rechtlichen Folgen des Vermögensüberganges rescindirenden Klage.

Indessen müssen wir hier — wie bereits oben geschehen [1]) — den Kreis des Rechtsbegriffes causa, und so auch der sich auf ihn beziehenden condictiones sine causa noch etwas weiter ziehen. — Nicht immer ist es ein negotium, welches den durch die Kondiktion zu rescindirenden Vermögenserwerb vermittelt; denn es giebt auch Erwerbsgründe (causae acquirendi) ohne jedes Rechtsgeschäft z. B. commixtio fortuita, Fund, zugeschwommene Sachen u. s. w. [2]). — Versteht man hiernach unter causa acquirendi allgemein „eine Erwerbsvoraussetzung, die das Recht für alle Erwerbsfälle festgesetzt hat [3]),“ so ist auch hier formell — wie bei dem Vermögensübergang durch abstrakte Geschäfte — allerdings eine solche Erwerbsvoraussetzung vorhanden, der Vermögenserwerb tritt ein, sobald sich nur der objektive Thatbestand jener rechtlich erheblichen Ereignisse verwirklicht (Rechtsgrund im objektivem Sinn); aber wie die Rechtsordnung bei einem ob causam datum s. promissum auf den Mangel der causa, d. h. auf den Mangel des vom Geschäftsurheber vorgestellten rechtlichen Zweckes Rücksicht nimmt, so geht hier die Rücksichtnahme des objektiven Rechts nicht auf vorgestellte menschliche Zwecke, sondern allgemein auf den „Zweck im Recht,“ auf die durch die Rechtsordnung angestrebte billige Vermittlung der wirthschaftlichen Interessen.

---

[1]) S. oben S. 11 ff.

[2]) Vgl. z. B. Gai. II 79. — l. 4 § 2 D. 12,1 — l. 25 § 1 D. 47,2 — l. 3 C. 4,9. — §§ 951, 977 B.G.B.

[3]) Leonhard in Gruchot 38, S. 503 ff. sub 1.)

I. 1) In jedem Falle also — mag ein Vermögenserwerb durch oder ohne negotium vorliegen — tritt das objektive Recht durch Gewährung der Kondiktion einem juristischen Formalismus entgegen, der sich immer leicht einstellt, wenn von vornherein für alle Fälle bestimmte Voraussetzungen mit bestimmten rechtlichen Wirkungen aufgestellt, z. B. für alle Erwerbsfälle die Erwerbsvoraussetzungen (causae acquirendi) normiert werden.

Was insbesondere die abstrakte Vermögensübertragung anbelangt, so treten nunmehr in der Form der Kondiktion die bei der Übertragung verfolgten rechtlich erheblichen Zwecke als beachtlich wieder hervor, das „ausgeschiedene Kausalmoment“ kehrt zurück, die künstlich unterbrochene Verbindung mit dem unterliegenden Rechtsverhältnisse wird wieder hergestellt[1]).

Waltet bei der Zulassung der abstrakten Geschäfte eine juristische und logische Strenge[2]) ob zum Zwecke einer leichten Verwerthbarkeit der Rechte, so bringt die Kondiktion infolge ihrer Rücksichtnahme auf jene Bedürfnisse der Parteien die Grundsätze der Billigkeit zur Geltung.

2) Wo aber — abgesehen von den abstrakten Geschäften — eine causa alienationis s. promissionis erklärt ist, da gehört sie — wie wir sahen — überhaupt zu dem gesetzlich normierten Thatbestande des betreffenden konkreten Geschäfts, da „bildet sie mit dem Veräusserungs- und Verpflichtungsakte selbst zusammen die causa acquirendi für den anderen Theil, dem ein Rechtserwerb zugedacht ist[3]).“ — Sind trotz formeller Erledigung des Veräusserungs- und Verpflichtungsaktes Mängel in dieser causa vorhanden, so erscheint auch hier der Vermögenserwerb sine causa. — Sollen nun die Rechtsgeschäfte für die Parteien Mittel darbieten zur Befriedigung ihrer wirthschaftlichen Bedürfnisse, so sind die Kondiktionen diesem höchsten Zwecke des Rechts dienstbar, indem sie eine Rücksichtnahme auf diese Bedürfnisse — soweit ihnen der Gesetzgeber überhaupt folgen kann — ermöglichen.

---

[1]) Diese Wiederanknüpfung des abstrakten Geschäfts an das unterliegende Rechtsverhältniss bezeichnet Pomponius in l. 5 pr. D. 45,1 mit den Worten: stipulationes pendent ex negotio contracto.

[2]) Man spricht von rigor cambialis. — Ulpian nennt in l. 36 D. 45,1 den promissor „subtilitati iuris obstrictus.“

[3]) Leonhard in Pauly-Wissowa s. v. causa.

Was schliesslich den Vermögenserwerb anbelangt, der sich ohne Vermittlung von Rechtsgeschäften lediglich auf Grund sonstiger rechtserheblicher Thatsachen vollzieht, so sucht auch hier nach gleichen Billigkeitsgrundsätzen das objektive Recht einem Formalismus vorzubeugen. — Das Privatrecht hat es mit harten Thatsachen, mit der Regelung von Mein und Dein zu thun; es muss zwischen den einzelnen Vermögensgebieten Grenzen ziehen und für jeden möglichen Fall Bestimmung über die Vertheilung der Vermögenswerthe treffen. So hat es sich z. B. im Falle der Spezifikation dafür zu entscheiden, ob es dem Stoffeigenthümer oder dem Verfertiger das Eigenthum an der neuen Sache zusprechen soll, und es hat diese Frage im Laufe der Entwicklung sehr verschieden beantwortet[1]). Eine Regelung von Mein und Dein in irgend einem Sinne muss aber erfolgen; diese ist aber nur möglich, indem entweder zu ungunsten des einen oder des anderen entschieden wird. — Ist aber das Eigenthumsrecht als solches festgestellt, so befriedigt diese Regelung allein noch nicht; denn nach dem sabinianischen Standpunkte erhält der Stoffeigenthümer im neuen Arbeitsprodukt, nach dem prokulianischen Standpunkte der Verfertiger in dem Stoffe einen ungerechtfertigten Vermögensvortheil. Zur Ausgleichung dieser widerstreitenden Interessen und zur Herstellung eines den Grundsätzen der Billigkeit entsprechenden Zustandes dient nun die Kondiktion, eine persönliche Klage zur Beseitigung jenes Vermögensvortheils, welcher dem Gesetzgeber als ein der rechten causa, des „rechtlich zureichenden Grundes“ entbehrender erscheint.

II. Nach dem bisher Gesagten kann es nicht zweifelhaft sein, welche besondere dogmatische Begründung den Kondiktionen, namentlich der hier in Betracht kommenden condictio sine causa, gegeben werden soll.

Die Auffassung der Quellen ist schwankend, zum Theil widerstreitend. Die Römer sind auch hier von der Formel, der Klagformel ausgegangen; systematische Konstruktionen folgen erst nach und sind in den Augen der römischen Juristen nicht grundlegend. Einestheils versucht man die Kondiktionen metaphysisch zu begründen, indem man sie auf ein negotium contractum

[1]) Vgl. l. 7 § 7 D, 41,1. — § 950 B.G.B.

(Quasikontrakt), auf die stillschweigenden oder ausdrücklichen Abmachungen der Parteien, auf ein „irgendwie geartetes und zu beschreibendes Willensmoment[1])“ zurückführt[2]). Anderntheils giebt man ihnen eine objektive Begründung, indem man sie mehr aus realen äusseren Faktoren, aus Billigkeitserwägungen über gewisse dem aequum et bonum widerstreitende Thatumstände (obligatio ex re veniens) zu erklären sucht[3]).

Donellus folgt durchaus der subjektiven Begründungsmethode, indem er ausführt, die condictio indebiti entspringe aus einem wahren Realkontrakte, die condictio ob causam datorum aus einem stillschweigenden Vertrage, in welchem sich der Empfänger zur Rückgabe der Leistung bei Nichteintritt des bezweckten Erfolges verpflichtet habe[4]). — Allmählich aber wandte man sich von dem Versuche, die Kondiktion auf eine enge kontraktliche Grundlage zu stellen, mehr und mehr ab, verfiel aber dabei in den entgegengesetzten Fehler, indem man ihnen wieder ein zu weites Fundament gab: sie sollten Ausfluss des in seiner Allgemeinheit rechtlich wenig bedeutsamen, für eine legislatorische Begrenzung ungeeigneten Satzes sein: iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem[5]). — So namentlich

[1]) Wendt in Iher. Jahrb. Bd. 22, S. 313 ff.

[2]) Nach Wendts Ausführungen war dies namentlich die Auffassung der Sabinianer: Julian in l. 33 D. 12,6; l. 19. D. 12,1; Paulus' Bericht in l. 35 § 3 D. 39,6. — Aber Gaius und Pomponius stehen auf der anderen Seite Gai. III, 91. — l. 13 § 2 D. 13.6. — v. Mayr § 20.

[3]) Nach Wendt die Auffassung der Prokulianer, an der Spitze Celsus in der bekannten l. 32 D. 12,1. — Ferner Papinian, Ulpian und Paulus: l. 13 § 1, l. 14, l. 32, l. 66 D. 12,1. — l. 5 pr. D. 26,8. — l. 4 § 4 D. 44,4. — l. 66 D. 46,2. — l. 35 § 3 D. 39,6. l. 24 D. 44,7. Zu dem Begriffe der obligationes ex re venientes bes. zu vgl. Pernice Labeo I, S. 418 ff.: Verpflichtung durch eine Thatsache, so dass die Frage, warum die Verpflichtung eintrete, gar nicht in Betracht komme. Ebenso S. 223 f. — 239 f. — 471 f. — Wlassak, zur Gesch. der neg. gestio (1879) S. 63 f: die negotiorum gestio ein realer Vorgang, eine Realobligation; bei ihrer Begründung spielt der Wille des dominus gar keine Rolle. — Ebenso S. 65, 66. — Bekker, Aktionen I, S. 114 f.

[4]) Comm. de jure civ. XII c. 13, XIII c. 16, 17, XIV c. 24. — v. Mayr § 20. — Pernice Labeo III, S. 219. — Brinz, Pand. II, S. 507.

[5]) l. 206 D. 50,17. — v. Mayr § 22.

Duarenus[1]), J. H. Böhmer[2]), Glück[3]) u. a. m. — In der neueren Litteratur hat zuerst Erxleben[4]) die Kondiktionen auf die allein mögliche objektive und zugleich legislatorisch verwerthbare Grundlage gestellt: auf die Thatsache des Habens ohne Grund.

Das Dogma von einer kontraktlichen oder quasikontraktlichen Grundlage der Kondiktionen scheitert nothwendig an dem von uns festgestellten Kausabegriffe, von dem allein bei dieser Erörterung ausgegangen werden kann. Denn offenbar wird das Dogma allen Fällen der Kondiktionen nicht gerecht, da ja ein Vermögenserwerb — wie erwähnt — nicht bloss durch Rechtsgeschäfte, sondern auch durch sog. juristische Thatsachen möglich ist, die ohne jede Willensentschliessung und Willensäusserung der Betheiligten diesen Vermögenserwerb herbeiführen. Das Dogma ist wohl nur erklärlich in Rücksicht auf die oben erörterte geschichtliche Entstehung der Kondiktionen, namentlich in Rücksicht auf die historische Anknüpfung der Bereicherungsklagen an die kontraktlichen Kondiktionen.

Die einzig mögliche Begründung der condictiones sine causa liegt in der Thatsache eines irgendwie eingetretenen Vermögenserwerbes; dieser wird noch nachträglich einer Kritik durch das objektive Recht unterzogen, welcher er dann nicht Stand halten kann, wenn er nicht durch eine nach allgemeinen Rechtsprinzipien anerkannten, rechtlich zureichenden Grund gestützt wird. Hier liegt das Entstehen einer reinen Zustandsobligation, einer obligatio ex re veniens, einer obligatio tacita extra id quod ageretur. Die Berücksichtigung der Kausaverhältnisse, die allerdings ex aequo et bono erfolgt, ist jedoch nur in gewissem Sinne eine „juristische Inkonsequenz[5])," und zwar nur insofern als auch sonst vielfach

---

[1]) De cond. indeb., cap. I Op. omn. p. 902.

[2]) Introd. lib. XII, tit. IV, § 1.

[3]) Kommentar Bd. 13, S. 71 ff.

[4]) I, § 3, S. 14 ff. — II, § 5, S. 55 ff. — 87 ff. — Ebenso Witte, Bereich.-kl. S. 41 ff. — Wendt, Pand. § 288. — Letzterer weist auch darauf hin, dass Windscheids Lehre von der Voraussetzueg eigentlich eine Rückkehr zur Theorie vom negotium contractum sei, da an der Beschränknng des Willens (Voraussetzung) nicht bloss der Geber, sondern auch der Empfänger betheiligt sein müsse, die Voraussetzung also auf ein negotium contrahere hinauskomme. — Jörs in Birkmeyers Encykl. S. 144 f. § 86.

[5]) Wendt in Iher. Jahrb. Bd. 22. S. 313 ff.

das objektive Recht gegenüber dem vielgestaltigen menschlichen Leben inkonsequent sein muss, um nicht einseitig einer theorethischen Formulierung zu Liebe das summum ius zur summa iniuria zu verwandeln, d. h. die Negation des Rechts herbeizuführen. — Auch geht es wohl zu weit, aus demselben Grunde von einem „laienhaften, unjuristischen Fundament“ der Kondiktionen zu reden, insofern sie aus Momenten entspringen sollen, die lediglich auf moralischem Gebiete zu Hause seien[1]). — Denn es gehen diese moralischen Erwägungen ex aequo et bono nicht weiter, als sie überhaupt das objektive Recht beeinflussen und beeinflussen müssen, falls nicht ein bedeutender Zwiespalt zwischen den höchsten Zwecken des Rechts und deren praktischer Verwirklichung entstehen soll. Jede Wissenschaft wirkt auf die andere ein: wie die Philosophie die Denkformen liefert, so bestimmt die Ethik insbesondere die Grenzen moralischer Erwägungen. — Die Rechtswissenschaft verwerthet die Ergebnisse anderer Wissenschaften und nimmt sie in sich auf, soweit sie deren benöthigt, um sie ihren besonderen Zwecken dienstbar zu machen. Sie ordnet den Antheil an den Lebensgütern, insbesondere auch den Vermögenserwerb nach vernünftigen und billigen, den wirthschaftlichen Interessen entsprechenden Grundsätzen, die sich jedoch keineswegs immer mit denjenigen der — jeweiligen — Ethik zu decken brauchen.

Es sind dies nothwendige Grenzen zwischen Recht und Moral; diese Grenzen sind auch in der Kondiktionenlehre nicht verwischt, sondern deutlich erkennbar. Denn auch diese Lehre ist nicht bloss Ausfluss rein ethischer Erwägungen, sondern Verwirklichung des nicht nur in der Ethik, vielmehr auch in der Rechtswissenschaft auffindbaren Grundsatzes: dass ein Vermögenserwerb sich endgültig nur vollziehen soll, soweit er die berechtigten Interessen eines Andern nicht verletzt.

§ 19. Regelung im B.G.B.

Das B.G.B. folgt den vom vorigen § aufgestellten Grundsätzen.

Die Motive[2]) erklären, dass die Vorschriften des Gesetzbuchs über die ungerechtfertigte Bereicherung nicht auf dem in der

[1]) Wendt a. a. O.

[2]) Bd. II, S. 829 ff.

früheren gemeinrechtlichen Theorie und Praxis missverständlich aufgestellten und gehandhabten allgemeinen Billigkeitssatze beruhe, Niemand dürfe sich mit dem Schaden eines Andern bereichern, und lassen diesen in seiner Allgemeinheit legislatorisch nicht verwendbaren Satz fallen. Das ist insofern völlig zutreffend, als es auch gar nicht Wesen und Gegenstand der Kondiktion ausmacht, einen durch die Bereicherung eingetretenen Schaden auszugleichen. Es wird weniger die rechtliche Lage des Bereicherten, als diejenige des Leistenden ins Auge gefasst, da dieser wegen Nichterreichung des Leistungszweckes — womit nicht immer ein Schaden verbunden zu sein braucht — der Hilfe des positiven Rechts bedarf: denn es ist das Naturgemässe, dass die rechtlich erlaubten Zwecke auch im Einzelfalle rechtliche Existenz gewinnen sollen. Diesen Standpunkt hat auch die zweite Kommission eingenommen, und es erklären die Kommissionsprotokolle[1]) in Übereinstimmung mit Papinians Ausspruche „condictio ex aequo et bono introducta“: unbestritten sei, dass das Recht nur der natürlichen Auffassung folge, wenn es unter solchen Umständen dem Leistenden einen Anspruch auf Rückgewähr des Geleisteten zubillige.

Die Klagen aus der ungerechtfertigten Bereicherung sind im B.G.B. mit Rücksicht auf die weitgehende Zulassung abstrakter Geschäfte, insbesondere mit Rücksicht auf den abstrakten Charakter des Leistungsgeschäftes (sog. dinglichen Vertrages) von höchster Bedeutung[2]).

1. Erste Voraussetzung eines jeden Anspruchs wegen ungerechtfertigter Bereicherung ist — darüber lässt schon der Wortlaut des Gesetzes[3]) keinen Zweifel — eine in der rechtlichen Welt eingetretene Veränderung, eine Verschiebung des bisherigen rechtlichen Zustandes, und zwar in der Weise, dass die Rechtsposition des Kondiktionsschuldners in irgend welcher Weise verbessert worden ist. Dieser muss „durch die Leistung eines Anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas erlangt“ haben, d. h. es muss ein formell vollendeter, nach den massgebenden Vorschriften

[1]) II, S. 2951.
[2]) Mot. II, S. 829 ff. — Meisner, Komment. Bd. II, S. 278 ff.
[3]) § 812 B.G.B.

eingetretener Rechts- oder Vermögenserwerb vorliegen, sei es dass dieser beruht auf einer von dem Kondiktionsgläubiger zu bestimmtem Zwecke vorgenommenen Vermögensveränderung, oder auf einem von dem rechtsgültigen Willen desselben unabhängigen Umstande. — Es hat sich also als objektiver Rechtsgrund ein äusserer Thatbestand erfüllt, durch den nach positivem Rechtssatze ohne Weiteres Rechtsfolgen entstehen; in § 812 Abs. 2 ist sogar „die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens“ als derartiger einen Vermögenserwerb herbeiführender objektiver Thatbestand ausdrücklich bezeichnet.

Nun ist von Arndts[1]) für den Fall, dass es sich um eine mit einem Mangel der causa behafteten Obligation handelt, bemerkt worden: es sei dann überhaupt eine wirkliche Obligation nicht vorhanden, indem die durch exceptio doli oder condictio unwirksame eben keine wahre Obligation (quasi nulla obligatio), der formelle Unterschied aber zwischen der obligatio ipso iure nulla und per exceptionem inefficax[2]) in unserm Rechte, bei dem Mangel des stricti iuris negotium, verwischt sei, und dass sich der ganze Unterschied am Ende auf die Frage reduziere, ob jener Mangel, also die Unwirksamkeit der Obligation, zu erweisen sei, und wer denselben zu erweisen habe. — Diese Ausführungen sind — was den schliesslichen Erfolg der exceptio oder condictio und die wirthschaftliche Wirksamkeit des Forderungsrechtes anbelangt — als richtig anzuerkennen; denn es ist zu beachten, dass sich viele Forderungsrechte in einem einzigen Anspruche erschöpfen, insoweit also die Begriffe Forderungsrecht und Anspruch sich decken. Indessen ist doch der Umstand, dass die sine causa-Qualität der Obligation erst bewiesen, und zwar grundsätzlich von dem obligatorisch Verpflichteten bewiesen werden muss, keineswegs so unerheblich, dass er die begrifflichen Grenzen zwischen einer obligatio ipso iure nulla und einer obligatio per exceptionem inefficax völlig verwischen könnte. Die Stellung des Forderungsberechtigten, mag es bei der Geltendmachung des aus der Obligation hervorgehenden Anspruchs die Angriffsstellung, oder bei der Erhebung der Kondiktion durch den Verpflichteten die Ver-

[1]) in Krit. Überschau IV, S. 238.
[2]) Vgl. Büchel, Civil. Erörterungen II 1, S. 35 f.

theidigungsstellung sein, ist zunächst gesichert und gedeckt durch den Spruch der Rechtsordnung, die eben das Forderungsrecht zunächst entstehen liess, ein erheblicher prozessualer Vortheil; Sache des Verpflichteten ist es, seinen Gegner aus dieser gesicherten Stellung zu verdrängen, ein erheblicher prozessualer Nachtheil, die Beweislast. Wenn und solange dem Verpflichteten dieser Angriff misslingt, bleibt er obligatorisch gebunden, und ist eine obligatio efficax vorhanden.

Noch einen Schritt weiter in dieser Richtung geht Kindel, der so den Kampf gegen die abstrakten Geschäfte bis zum Äussersten durchführt. — Nach ihm soll nicht nur bei der Übertragung von Forderungsrechten (promissio), sondern überhaupt bei allen Veräusserungsgeschäften (alienatio), deren causa fehlt oder mangelhaft ist, ein Rechtsübergang niemals stattfinden, da der Übertragungsakt selbst nichtig ist. Bei einer „kausalosen" Tradition soll also der Veräusserer weiter Eigenthümer bleiben und heissen, da eben diese Tradition gar nicht Eigenthum übertrage. Der Unterschied zwischen der nach allen Seiten hin ungiltigen Tradition (oder sonstigen Geschäftsbestimmung) und der nur gegenüber bestimmten Personen rescissiblen Übergabe soll daher verwischt werden, „und wenn das System darüber zusammenbräche." — Daher soll denn auch die Bedingung, deren Ausfall eine Tradition nichtig macht, von der blossen Voraussetzung, bei deren Unrichtigkeit ein persönliches Rückforderungsrecht zur Verfügung steht, nicht mehr unterschieden werden. — Gleichwohl scheut sich Kindel, die letzten Konsequenzen dieser Theorie auszusprechen: es soll der erwähnte angebliche „Eigenthümer" gerade nicht das Schutzmittel haben, das ihn sonst auszeichnet, die rei vindicatio, sondern nur ein eigenthümlich gestaltetes ius ad rem, ein Rückforderungsrecht an der Sache, wirkend gegen jeden unredlichen Erwerber[1]).

Schon in diesem Widerspruche, dass der Eigenthümer nicht die Eigenthumsklage haben solle, offenbart sich die Unhaltbarkeit der dargelegten Theorie. Die Art des Rechtsschutzes ist für den Rechtsbegriff keineswegs gleichgültig; durch ihn wird die besondere

[1]) Vgl. Leonhard in Gruchot 38, S. 503 ff. — Hellman in Krit. Viertelj.-Schr. 34, S. 359 ff. — Endemann in Zeitschr. für Handelsr. 41, S. 242 ff.

Beschaffenheit und die Intensität des Rechts nach aussen erkennbar. — Kindel glaubt einen erfolgreichen Angriff gegen das System, dessen Zusammenbruch ihm gleichgültig ist, gerichtet zu haben; indessen ist ein derartiger Angriff leicht und mit scheinbarem Erfolge immer dann auszuführen, wenn man bestimmte, doch aus dem System entnommene Begriffe unzulässig erweitert, wie z. B. jenes die rei vindicatio ersetzende Rückforderungsrecht. Hierdurch wird der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten verwischt; diesen aber aufrecht zu erhalten, haben wir allen Grund, da er einmal in der verschiedenen Möglichkeit des menschlichen Antheils an den Lebensgütern begründet ist, und ferner die einheitliche Behandlung gleichartiger Erscheinungen im System ermöglicht.

So bleiben wir nach wie vor bei der Auffassung, dass das die Kondiktion hervorrufende Geschäft nicht nichtig ist — es würde dann die entsprechende dingliche Klage gegeben sein —, sondern dass nur seine Folgen aus den erörterten Gründen wieder rückgängig gemacht werden sollen, und zwar mit Hilfe einer persönlich wirkenden Klage. — Hierfür sprechen die Entstehungsgeschichte der Kondiktionen, ihre dogmatische Begründung, die Auffassung der Motive[1]) zum B.G.B. und dessen Gesetzestext selbst.

2. Obwohl nun der Thatbestand des Veräusserungs- oder Verpflichtungsaktes objektiver Rechtsgrund für die eingetretene Bereicherung ist, verlangt als weitere Voraussetzung auch das B.G.B. — im Anschluss an die Ausdrucksweise der römischen Quellen und der von Voigt getadelten modernen Theorie, — dass der Vermögenserwerb „ohne rechtlichen Grund“ erfolgt sei, m. a. W. es sollen die thatsächlich eingetretenen rechtlichen Folgen des rechtlichen Grundes entbehren[2]).

[1]) Bd. II, S. 829: die Kondiktionen sind persönliche Ansprüche auf Rückgängigmachung des an sich nach den massgebenden Vorschriften eingetretenen Rechts- und Vermögenserwerbes.

[2]) Ebenso sprechen die Mot. a. a. O. von „einem nach den massgebenden Vorschriften eingetretenen Rechts- und Vermögenserwerbe, welcher eines rechtlichen Grundes entbehrt.“ — Meisner, Komment. Bd. II Anm. 3 zu § 812.

Schon aus dieser Gegenüberstellung ersieht man, dass dieser „rechtliche Grund“ etwas anderes sein muss, als jener objektive Rechtsgrund, da ja ohne letzteren die nur in Beziehung auf ihn denkbaren rechtlichen Folgen nicht eintreten können. Es bleibt also nur übrig, dass damit der von uns als subjektiver Rechtsgrund bezeichnete rechtlich zureichende Grund, die vom Rechte verlangte Motivation gemeint ist.

Das stimmt mit der kasuistischen Auflösung des Gesammtbegriffs „ohne rechtlichen Grund“ überein.

Es kann nämlich die Vermögensverschiebung, die des rechtlichen Grundes ermangelt, eingetreten sein:

I. unabhängig vom Willen des Kondiktionsgläubigers auf rein thatsächlichem Wege. §§ 812 [„in sonstiger Weise“]. 816, 821, 951, 977 B.G.B.

II. mit dem Willen des Kondiktionsgläubigers, durch eine Leistung. Hier sind wieder bezüglich des Nichteintrittes des mit der Leistung bezweckten Erfolges 3 Möglichkeiten gegeben:

a. Der Zweck der Leistung ist Schuldtilgung (solvendi causa), der Eintritt des gewollten Erfolges ist rechtlich unmöglich. — Thatbestand der condictio indebiti. — §§ 812, 813, 814, 820, 821.

b. Der Zweck der Leistung ist Herbeiführung des Erfolges nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts[1]) (credendi causa); der Eintritt des gewollten Erfolges ist zwar rechtlich möglich, erfolgt aber thatsächlich nicht. — Thatbestand der condictio ob causam datorum. — §§ 812, 815, 817, 820, 821.

c. Der Zweck der Leistung ist eingetreten, aber nachträglich wieder weggefallen. Die Rechtslage ist dann wie unter b. — Thatbestand der condictio ob causam finitam. — §§ 812, 818, 819, 820, 821.

[1]) Nach dem Inhalte des zu vollziehenden oder unterliegenden Rechtsgeschäfts. Sehr prägnant der § 812 Abs. 2: „der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg.“ Es kommen also nur die auf den Geschäftsinhalt sich beziehenden Voraussetzungen in Betracht, nicht anderweitige hierüber hinausgehende. Es ist dies der Begriff des subjektiven Rechtsgrundes und seine Abgrenzung vom Motiv (Beweggrund.)

Die Doppelbedeutung des Wortes „Rechtsgrund," welche — wie wohl jetzt ersichtlich — die Erörterung der hier in Frage kommenden Begriffe so erschwert, ist auch bei den Berathungen der zweiten Kommission als Übelstand empfunden worden: man stellte den Antrag, den Mangel des Rechtsgrundes als den „Mangel des bezweckten rechtlichen Erfolges" zu bezeichnen[1]). — Es ist zu bedauern, dass diese Ausdrucksweise, die wohl auch klärend auf die in der Litteratur angewandten Begriffe und Bezeichnungen gewirkt haben würde, bezüglich der Fälle unter II a—c Aufnahme in das Gesetzbuch nicht gefunden hat. Man begnügte sich, die Ablehnung des Antrages damit zu begründen, dass durch den vorgeschlagenen Ausdruck ein Gesichtspunkt in den Vordergrund gestellt werde, der das Verhältniss nicht erschöpfe und auch nicht entscheidend sein könne, da den Parteien nicht immer an einem rechtlichen, sondern häufig nur an einem thatsächlichen wirthschaftlichen Erfolge gelegen sei[2]).

Ist der Vorwurf eines „nicht erschöpfenden" Ausdrucks allerdings zutreffend, da die unter I genannten Fälle nicht mit inbegriffen werden, so ist doch der letzte Theil der ablehnenden Begründung insofern fehlerhaft, als sie die nothwendige, überhaupt den subjektiven Kausabegriff ausmachende Scheidung der juristisch erheblichen Zwecke von den juristisch unerheblichen unterlässt. Niemals bilden die aus einem Rechtsgeschäft entspringenden Rechtsfolgen für die Parteien das Ziel ihrer Wünsche: es werden von dem handelnden Subjekt nicht bloss die gesetzlichen Begriffsmerkmale des betreffenden Geschäfts gewollt, sondern in jedem Falle noch etwas darüber hinaus. Die letzteren sich auf wirthschaftliche, ideale u. s. w. Zwecke beziehenden Vorstellungen treten als rechtlich unbeachtliche Beweggründe zurück; wesentlich für den Juristen dagegen sind die ersteren sich auf den Geschäftsinhalt beziehenden Vorstellungen, die also nur einen „rechtlichen Erfolg" herbeiführen wollen: ein rechtliches Mittel zu einem wirthschaftlichen Erfolge. In diesem Sinne trifft also gerade die Ausdrucksweise des abgelehnten Antrages den „entscheidenden Gesichtspunkt[3])."

[1]) Protok. II, S. 2955.

[2]) Protok. a. a. O.

[3]) Dass eine die Doppelbedeutung von „Rechtsgrund" vermeidende Ausdrucksweise von Vortheil gewesen sein würde, beweist die Fassung der

So kommen wir zu dem Ergebnisse, dass der subjektive Rechtsgrund bezüglich seiner Einwirkung auf das Geschäft wohl eine Zeit lang ausgeschaltet werden kann, aber nicht für immer, namentlich dann nicht, wenn seine Einwirkung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen erforderlich erscheint. Es sind demnach alle Rechtsgeschäfte, welche auf eine Vermögensverschiebung abzielen, auf diese Art von ihrem Rechtsgrunde abhängig, sodass es völlig abstrakte Geschäfte überhaupt nicht giebt, sondern nur solche, die von ihrem Rechtsgrunde thunlichst unabhängig gestaltet sind[1]).

Kommissionsprotokolle selbst. Es heisst in II, S. 2951: „Es komme in der Hauptsache daranf an, klarzustellen, dass, wenn eine Vermögensverschiebung durch eine (gültige) Leistung bewirkt worden sei, die Leistung . . . nicht immer als ein genügender Rechtsgrund anzusehen sei, um die eingetretene Vermögensveränderung zu rechtfertigen, weil die Leistung nicht Selbstzweck sei, sondern einem ausser ihr liegenden Zweck diene, welcher erst den wirtbschaftlichen Charakter der Leistung bestimme . . . . Der Rechtsgrund der Leistung bilde demnach materiell einen Bestandtheil des Leistungsgeschäfts“ . . . Man kann nicht behaupten, dass die hier notbwendigen Begriffe streng auseinander gehalten werden. Man beachte das Hinübergleiten von Rechtsgrund im objektiven zum Rechtsgrund im subjektiven Sinne. Zuerst wird die Leistung selbst als (objektiver) Rechtsgrund der eingetretenen Vermögensveränderung behandelt, später mit demselben Ausdruck der mit der Leistung verfolgte Zweck. — Hiermit hängt noch ein weiterer unmittelbar folgender Widerspruch zusammen. In den oben angeführten Worten wird der Rechtsgrund der Leistung als „Bestandtheil des Leistungsgeschäftes“ bezeichnet, nachher alsbald „die von der juristischen Betrachtung vorgenommene Ablösung des dinglichen Vertrages von dem Kausalgeschäft“ erwähnt. Zum mindesten bildet also nicht immer dieser Rechtsgrund einen Bestandtheil des Leistungsgeschäfts, da er gerade nach der Auffassung des B.G.B. bei dem abstrakten dinglichen Vertrage ausgeschieden ist. Es wurde auch alsbald Widerspruch aus dem Schosse der Kommission erhoben und ausgeführt: es sei für den rechtlichen Bestand der Leistung ohne Bedeutung, ob der Zweck erreicht werde oder nicht.

[1]) Kipp, Parteiwillen, S. 10—12. — Auf diese notbwendige Verbindung zwischen Rechtsgrund und abstraktem Geschäft — allerdings in extremer Weise — immer wieder hingewiesen und so einer Überspannung des Prinzips der im modernen Recht so sehr bevorzugten abstrakten Geschäfte entgegengearbeitet zu haben, ist das besondere Verdienst der Schrift Kindels. Hierin liegt eine bemerkenswerthe Förderung der Lehre vom abstrakten Geschäfte und den Kondiktionen.

Indessen kann diese Feststellung nicht dazu führen, den Begriff des abstrakten Geschäfts überhaupt zu leugnen. Ist es auch den erwähnten Einwirkungen des sich geltendmachenden Kausalmoments ausgesetzt, so wird es doch dadurch nicht in seiner juristischen Besonderheit und seiner Gegensätzlichkeit zu den materiellen Geschäften erschüttert. — Nicht jedes Rechtsverhältniss zeigt Krankheitserscheinungen, vielmehr ist dies der Ausnahmefall, der auch vom positiven Rechte als solcher behandelt wird. Solange dieser aber nicht eingetreten ist, werden gerade bei den abstrakten Geschäften durch Ausscheidung des Kausalmoments, des „Krankheitsstoffes[1]," prophylaktische Massregeln gegen drohende Affektionen getroffen. Diese Massregeln bezwecken und erreichen eine erhebliche Sicherung gegen prozessuale Gefährdung der Rechte wie auch eine leichte Verwerthbarkeit derselben, Eigenschaften, deren der moderne Verkehr für seine Sicherheit und Lebhaftigkeit bedarf.

§ 20. Ergebniss.

Das Ergebniss der vorstehenden Erörterung lässt sich in folgenden Sätzen zusammenfassen:

I. Der objektive Rechtsgrund ist ein äusserer gesetzlich normierter Thatbestand, an den die Rechtsordnung bestimmte Rechtsfolgen anknüpft. — Anwendung des logischen Gesetzes von Grund und Folge.

II. Der subjektive rechtliche Grund ist ein innerer psychologischer Vorgang, der Beweggrund, das Motiv: Anwendung des Naturgesetzes von Ursache und Wirkung, und zwar in Beziehung auf Handlungen des Menschen.

Aber nicht jedes Motiv kommt rechtlich in Betracht, sondern nur soweit es rechtlich erheblich ist, d. h.:

a. soweit es sich bei Vornahme eines Veräusserungs- oder Verpflichtungsgeschäfts in der Seele des handelnden Subjekts auf dessen rechtlichen Zweck bezieht (Erlangung eines Gegenvortheils oder Schenkung),

b. soweit es sich bei einem Vermögenserwerbe ohne Rechtsgeschäft auf diejenigen Umstände bezieht, die für den

[1]) Ihering, Geist d. r. R. III, 1, S. 216.

Gesetzgeber den eingetretenen Vermögenserwerb als juristisch gerechtfertigt oder ungerechtfertigt erscheinen lassen.

Deshalb ist zusammenfassend von einem rechtlich zureichenden Grunde, einer vom Rechte verlangten Motivirung zu reden, als von einem juristisch-technischen Begriffe.

III. Der Gegensatz zwischen kausalen und abstrakten Geschäften besteht darin, dass bei ersteren der subjektive rechtliche Grund zum Geschäftsinhalte gehört, während er bei letzteren als rechtlich unerheblich ausgeschieden ist.

Dieser künstliche Ausscheidungsprozess ist nur möglich infolge positiven Rechtssatzes, nicht infolge eines angeblich abstrakten Verpflichtungswillens.

IV. Die Bereicherungsklagen machen einen Vermögenserwerb rückgängig, der sich infolge eines objektiven Rechtsgrundes (zu I.) vollzogen hat, aber des subjektiven rechtlichen Grundes (zu II.) entbehrt.



Studien

zur

Erläuterung des bürgerlichen Rechts

herausgegeben

von

Dr. Rudolf Leonhard
ord. Professor der Rechte an der Universität Breslau

7. Heft

Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs

von

Dr. Rudolf Freund

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1902

Der

Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs

von

Dr. Rudolf Freund

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1902

Meinem Vater

zum 70. Geburtstage gewidmet

Inhalt

§ 1.

A. Einleitung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Beantwortung der Frage: „Wann ist eine Bereicherung als ungerechtfertigt herauszugeben?“ im Anschluss an die herrschenden Lehren des gemeinen Rechts versucht. Das Bestreben, Ansprüche aus allgemeinen Prinzipien der Billigkeit herzuleiten, tritt zurück. Zwar stellt das B.G.B. der Lehre den allgemein gehaltenen ersten Satz des § 812 voran. Doch ist § 812 S. 1 zur praktischen Anwendung in dem nach seinem Wortlaute möglichen Umfange ungeeignet. Seine Bedeutung ist mehr systematisch[1]). Er soll die ihm nachfolgenden speziellen Bereicherungsansprüche mit den mannigfachen anderen Fällen zusammenfassen, wo das Recht durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung oder ohne solche — hier hat die Auslegung eine gewisse Freiheit — einen Bereicherungsanspruch vorschreibt.

Wie hier wurden gemeinrechtlich sehr verschiedenartige Thatbestände unter dem Namen der condictio sine causa zusammengefasst.

Eine nicht unwesentliche Förderung der Lehre hat das B.G.B. nun dadurch zu Wege gebracht, dass es eine Anzahl von Fällen, die ungeordnet neben einander standen, vor allem die Veräusserung fremder Sachen und die Einziehung fremder Forderungen, unter Hervorkehrung der gemeinsamen Merkmale

[1]) Motive II, 852 f. Protok. II, 684.

zu einem Thatbestande vereinigt hat, der sich neben die historischen speziellen Kondiktionen stellt.

Der Eingriff in fremde Rechte durch unberechtigte Verfügungen wird in § 816 zur Grundlage der Bereicherungsklage gemacht.

Der Anspruch, dessen hohe Bedeutung für das Leben zumal nach dem Wegfalle der landrechtlichen Verwendungsklage nicht zu verkennen ist, soll in seinem Zusammenhange mit den früheren Rechten dargestellt werden. Zusammengehörige Rechtssätze, vom System des B. G. B. getrennt, sind mit einander in Beziehung zu setzen, alte Streitfragen in die neue Sprache zu übertragen und die unzulässigen Schlüsse aus der objektiven Gesetzesnorm von den zulässigen und praktisch bedeutsamen Folgerungen zu sondern.

B. Geschichtliches.

§ 2.

I. Der Streit zwischen Ihering und Windscheid um l. 23 Dig. XII I.

Die Betrachtung der Vorgeschichte des § 816 im gemeinen Recht führt auf ein Feld, auf dem Ihering und Windscheid einen Kampf mit allen Waffen der Wissenschaft gekämpft haben [1]).

Streit war über die Frage: Hat der Eigentümer einer Sache nach Verlust seines Eigentums z. B. durch Sachuntergang Anspruch auf die Bereicherung, die ein gutgläubiger Besitzer durch ihre Veräusserung gewonnen hat oder besteht ein solcher Anspruch nur subsidiär kraft Ausnahmerechts gegenüber dem untitulierten Besitzer?

[1]) Ihering, Abhandlungen aus dem röm. Rechte. Leipzig 1844. S. 78 ff. Ihering, Jahrb. XVI. S. 230 ff. Windscheid, Leipziger Programm 1878: Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Pandekten II. § 422 Anm. 8.

Der Kampf beschränkte sich nicht auf rechtshistorisch interessante exegetische Plänkeleien, sondern wurde von beiden Seiten „auf der Höhe prinzipieller Auffassung" ausgefochten[1]. Eine herrschende Meinung bildete sich wohl, dass die in l. 23 Dig. de reb. cred. XII 1 und in l. 49 Dig. de neg. gest. III 5 gegebene Klage, keine Geschäftsführungsklage sei, zu der es am animus aliena negotia gerendi fehlt. Sie wurde als Bereicherungsklage erkannt, darauf gegründet, dass der Veräusserer nach dem Sachuntergang dem Eviktionsregress seines Nachmanns nicht mehr ausgesetzt sei, also den gelösten Preis behalten könne. Ob aber diese Kondiktio gegen jeden gutgläubigen Besitzer schlechthin im römischen Rechte gegeben worden sei oder nur beschränkt gegen den Besitzer sine titulo oder besser ohne Eviktionsregress begründenden Erwerbsakt, darüber liess das in der umfangreichen Litteratur[2] bearbeitete Quellenmaterial keine zweifelfreie Entscheidung zu.

Es handelt sich um Fragen, bei denen eine Entscheidung nach Billigkeitserwägungen nicht möglich ist. Es ist zu vermitteln zwischen dem Interessenkreise des Eigentümers, der zur Ergänzung der dinglichen Klage auch des obligatorischen

---

[1]) Ihering, Jahrb. XVI S. 308.

[2]) Die wichtigsten Stellen sind: l. 23 Dig. XII 1, l. 48 (49) III 5, l. 17, pr. VI 1, l. 67 XXIII 3, l. 12 XX 5 und c. 1. Cod. IV 51, c. 1 IV 52, c. 3 III 32, c. 21 I 2. Literatur: Witte, Bereicherungsklagen 1859. S. 295. Zimmermann, Ächte und unächte negotiorum gestio S. 73. v. Monroy, Vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte 1879. Hellwig, Über die Haftung des veräussernden gutgläubigen Besitzers einer fremden Sache. Cassel 1878. Chamhon, negotiorum gestio 1848. S. 38 ff. Goeppert, Organische Erzeugnisse. S. 356 ff. Brinz, Pandekten II, § 302 Anm. 8. Vangerow, Pandekten III, § 628 III. Goldschmidt, Zeitschrift VIII, S. 236. Dankwardt, Die Neg. Gest. Wächter, Erörterungen, Heft II S. 100 f. v. Wening-Ingenheim, Civilrecht, Teil 3 § 352. Krüger, Arch. f. d. civ. Pr. 63. Eisele, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 66 S. 17. Jacobi, Festgabe für Gneist. Berlin 88. S. 146. Ältere Meinungen: Cuiacius ad Africanum Tract. II ad. l. si cum servum 23 Dig. de reb. cred. Donellus, tom. X comm. ad. l. 23 de reb. cred. Voet comm. ad. pand. VI 1 § 10 ad. l. 23. Merillius comm. ad. l. 23 in Thes. Ott. tom. III p. 679. Guil. Barclaius, Thes. Ott. tom. III p. 877. J. H. Böhmer de actionibus sect. II cap. 2 § XIV. Vgl. Glück XIII S. 193. Entscheidungen: Seuffert VII Nr. 346, XIV Nr. 237, 238. XXI Nr. 51. XXXV Nr. 294, R. G. XIII 184, XXV S. 130.

Schutzes bedarf, und dem Bereich des gutgläubigen Besitzers, der gleichfalls nicht vernichtet werden soll (Petrazycki)[1]. So erklärt es sich, wenn die Rechtssphären nicht nach einheitlichen Grundsätzen abgegrenzt wurden, sondern in mannigfacher Art aus Erwägungen der Praxis heraus, wie dies in der Natur der römischen Rechtsbildung lag. Der Eigentümer, der sein Eigentum verloren hat, weil ein anderer die Sache durch Accession, Spezifikation, Konsumption oder Usukapion erworben oder veräussert hat, erhält hier eine actio in factum, dort eine actio neg. gest. oder eine condictio oder utilis rei vindicatio oder bei der Usukapion gar keinen Schutz. Der Satz „bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit" ist aus der wirtschaftlichen Bedeutung der Frucht verständlich, ja er scheint unentbehrlich. Es fehlt jede Spur einer prinzipiellen Regelung. Da kann man keine Schlüsse von einem der genannten Eigentumsverlustgründe auf den andern ziehen, worauf Ihering seine Polemik gegen die auf l. 23 XII 1 gestützte Bereicherungsklage gegen den titulierten Besitzer aufbaut. Es wäre gar nicht unpraktisch, wenn der Besitzer eines Landguts für den Verkauf des Kalbes nicht haftete, wohl aber für den Verkauf der Kuh[2].

Ihering[3] behauptet: Der titulierte redliche Besitzer, der die Sache veräussere, sei 1) überhaupt nicht aus der Sache bereichert, 2) nicht unmittelbar aus dem Vermögen des Eigentümers, 3) schliesslich nicht ohne rechtfertigenden Grund.

Das erste Argument würde höchstens die Beschränkung der Klage gegen den unentgeltlichen Erwerber der Sache[4], nicht die Einschränkung Iherings rechtfertigen. Die zweite Behauptung ist allerdings richtig; sie würde aber auch gegen die Klage, gegen den Besitzer sine titulo sprechen in Fällen, wo die Quellenstellen l. 23 XII 1 und l. 49 III 5 unzweifelhaft die Bereicherungsklage gewähren. Den dritten Grund, dass der Erwerbstitel eine causa für die Bereicherung darstellt, hält

[1]) Petrazycki, Einkommen I, S. 233. Fruchtverteilung §§ 40/41 „Versicherung gegen die socialwirtschaftlichen Folgen des irrtümlichen Wirtschaftsplans", „ein Meisterstück der Civilpolitik".

[2]) Ihering, Jahrb. XVI, S. 257.

[3]) Ihering a. a. O. 285.

[4]) v. Savigny, Syst. V, S. 523.

auch Brinz [1]) für entscheidend zu Gunsten Iherings. Dies dürfte eine Behauptung sein, die durch die verschiedenartigen Bedeutungen des Wortes „causa“, nur eine scheinbare Stütze erhält. Bei der condictio sine causa ist causa der Rechtfertigungsgrund des Erwerbs [2]), bei dessen Fehlen die Bereicherungsklage den Ausgleich herzustellen bestimmt ist. Andrerseits hat causa auch die Bedeutung des dem dinglichen Erwerbsakt zu Grunde liegenden Erwerbsrechtsgeschäfts angenommen. Mag auch ein solches Erwerbsrechtsgeschäft vorliegen, das als Titel erscheint, so braucht deshalb noch keineswegs ein Rechtfertigungsgrund für die Vermögensschiebung dem Eigentümer gegenüber gegeben zu sein.

Die Entscheidung in l. 21 Dig. de hered. vel. act. vend. XVIII 4 für den Fall, wenn der Verkäufer einer Sache vor der Eigentumsübertragung einen zweiten Verkauf vornimmt, ist nicht im Sinne Iherings zu verwerten. Ihering sagt: Wenn sogar der obligatorisch Berechtigte, der Käufer, keinen Anspruch auf den vom Verkäufer der Verpflichtung zuwider durch abermaligen Verkauf der Sache gemachten Gewinn habe, falls die Sache vor der Übergabe untergeht, so kann der gutgläubige Besitzer, der gar keine Verpflichtung gegen den Eigentümer habe, nicht haften. Dieser Schluss ist unzulässig. Dem in l. 21 cit. behandelten Falle ist nur der Verkauf durch den bösgläubigen Besitzer einer fremden Sache zum Vergleich an die Seite zu stellen. Im Gegensatz zum obligatorisch Verpflichteten haftet aber der bösgläubige Besitzer ohne Zweifel der rei vindicatio und negotiorum gestorum actio. Wenn also auch dem bloss obligatorisch Berechtigten der Anspruch versagt wird, so braucht er doch dem Eigentümer nicht zu fehlen [3]).

Ihering hat nicht bewiesen, dass der verurteilte gutgläubige Besitzer, falls die Bereicherungsklage gegen ihn durchdringt, keinen Regress gegen seinen Vormann nehmen könne, auch nicht mit der actio empti. Als herrschende Meinung gilt vielmehr, dass die actio empti als ein geschichtlich sich weiter entwickelndes Rechtsmittel die Grundsätze der ädilitischen Klagen

[1]) Pand. II, § 302 Anm. 8.
[2]) Windscheid, Pand. II, § 423 Anm. 8.
[3]) Windscheid II, § 422 Anm. 8.

wie die der Klage aus der stipulatio dupli nach der fides bona erweitert in sich aufnahm. Die actio empti musste auch bei der Kaufpreiseviktion einen Regress ermöglichen, grade so, wie wenn der Käufer einer fremden Sache sie durch Spezifikation zu eigen erwarb, dem Eigentümer aber die Bereicherung herauszugeben genötigt wurde[1]).

Iherings Standpunkt will doch offenbar den gutgläubigen Besitzer vor der Bereicherungsklage schützen, weil er keinen Regress nehmen könne, wie bei der Eviktion der Sache. Es leuchtet nun aber ein, dass der Besitzer ohne regressbegründenden Erwerbsakt, gegen den Ihering die Klage nach den Quellen zugestehen muss, denselben Schutz verdient. Ist er doch keineswegs besser gestellt als sonst ein gutgläubiger Besitzer. Nur steht er allerdings, so lange er die Sache besitzt, ebenso schlecht, wie nach ihrem Verkaufe und Untergange.

Wenn man in solchen Fällen, wo doch schliesslich der eine oder andere den Schaden tragen muss, mit dem Billigkeitsgefühl operieren will, so könnte man nur nach der Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrtums, auf dem der gutgläubige Besitzerwerb beruht hat, unterscheiden[2]). Wer entschuldbar auf Grund des Putativtitels pro herede die Sache in Besitz nimmt, verdient nicht weniger und nicht mehr Schutz, wie der, welcher sie in entschuldbarem Irrtum vom Nichtberechtigten kauft.

Man braucht nicht, wie es Ihering[3]) als Windscheids Standpunkt bezeichnet, von allgemeinen Bereicherungsprinzipien auszugehen, sondern kann der Meinung folgen, dass Bereicherungsklagen nur beim Vorliegen der besonderen gesetzlich ausgeprägten Thatbestände zu gewähren sind, und man wird es doch unbegründet finden, die Quellenstellen, die einen Bereicherungsanspruch gegen den Veräusserer der fremden Sache nach ihrem Untergange beim Erwerber ausdrücklich gewähren, einschränkend auszulegen. Von praktischen Bedenken eingenommen macht Ihering bei der Quellenauslegung Unterscheidungen, die im Gesetzestexte keine ausreichende Begründung finden, indem er bald darauf Gewicht legt, dass vom untitulierten Besitzer die

[1]) Windscheid, Progr. S. 39. Dernburg, Pand. II, § 99.
[2]) Windscheid, Progr. S. 33f.
[3]) Jahrb. XVI S. 311.

Rede ist, bald bösen Glauben des Veräusserers als Grund der Entscheidung ansieht. Den Beweis für diese Distinktionen scheint Ihering nicht erbracht zu haben.

Vor Iherings Abhandlungen aus dem römischen Recht war die von Windscheid vertretene Auffassung unumschränkt, wenn auch in verschiedenen Gestaltungen herrschend. Iherings glänzender Beweisführung gelang es, eine Spaltung der Wissenschaft in zwei Lager herbeizuführen.

§ 3.

2. Preussisches Recht.

Es war wohl eine Folge der Abtrennung der gemeinrechtlichen Wissenschaft von der preussischen, dass in dem geschilderten Streite die Thatsache ungewürdigt blieb, dass das preussische Landrecht die Bereicherungsklage gegen den gutgläubigen Veräusserer einer fremden Sache durch eingehende Bestimmungen geregelt hatte. Den Verfassern des Landrechts, das zu einer Zeit entstand, wo die Meinung der alten Ausleger des Corpus iuris unangefochten war, ist die Unterscheidung, die Ihering zwischen dem titulierten und untitulierten Besitzer gemacht wissen will, fremd. Die Klage, die dem Eigentümer gegen den gutgläubigen Veräusserer seines Eigentums gegeben wird, ist richtig erkannt als obligatorischer Eigentumsschutz und Ergänzung der dinglichen Eigentumsklage. Im 15. Titel Theil I A. L. R., der „Von der Verfolgung des Eigentums“ handelt, findet sich, neben dem Anspruch gegen den bösgläubigen Erwerber in § 15, in § 28 die Bestimmung:

„Hat der redliche Erwerber einer fremden Sache selbige redlicher Weise hinwiederum veräussert: so ist er dem Eigentümer, wenn dieser auf andere Art nicht vollständig entschädigt werden kann, den bei der Veräusserung gezogenen Vorteil zu verabfolgen gehalten“.

Der Anspruch ist streng subsidiär, aber nicht in dem Sinne, dass er wie in l. 23 XII 1 den Untergang der veräusserten Sache oder Eigentumsverlust voraussetzte. Es wird vielmehr verlangt — und dies ist einerseits weniger, andrerseits mehr, als im römischen Rechte erforderlich — dass der Eigentümer

anderweitig nicht zu seinem Rechte kommen kann; wann dies zutrifft, unterliegt der freien Würdigung des Richters. Der Beklagte kann nicht nur den gezahlten Kaufpreis, wie auch sonst der gutgläubige Besitzer bei der Vindikation, sondern auch alles zur Erhaltung oder Verbesserung der Sache Verwendete (ausser dem aus ihr selbst Verwendeten) sich zu gute rechnen lassen. Während des ersten Jahres besteht eine Vermutung für das Vorhandensein einer Bereicherung, nachher geht die Beweislast dafür auf den Kläger über (§§ 29, 31, 32)[1].

Eine Ergänzung dieser Spezialbestimmungen über die Veräusserung fremder Sachen bildeten die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag in der Auslegung, die ihnen von Theorie und Praxis lange zu teil wurde. Gestützt auf die §§ 228, 229 ff. I 13 scheute man nicht davor zurück, auch gegen den die Geschäftsführungsklage zu geben, der fremde Geschäfte besorgt, in gutem Glauben, es seien seine eignen[2]. Damit war ein allgemeines Rechtsmittel gewonnen, den der irgendwie durch seine Rechtshandlung gutgläubig einen fremden Vermögenskreis berührt, zur Herausgabe seiner Bereicherung zu zwingen, und so wurde dann auch die Geschäftsführungsklage auf die Hauptfälle des Eingriffs in fremde Rechte, der Veräusserung fremder Sachen und die Einziehung fremder Forderungen angewandt[3]. Gegen diese übermässige Ausdehnung der Geschäftsführungsklage trat jedoch im preussischen wie im gemeinen[4]) Rechte ein Rückschlag ein; man betonte wieder das Erfordernis der Absicht fremde Geschäfte zu führen, und versagte beim Fehlen dieser Absicht die Geschäftsführungsklage, deren Folgen (Rechnungslegung!) ja auch unleidlich waren[5].

So blieb denn zur Ergänzung der Bestimmungen des

---

[1]) Förster-Eccius III. § 180 F. Bornemann, Bd. II § 149 S. 262. Koch, Recht den Forderungen III. § 265. Koch, Rönne bei § 28 I 15. Obtrib. Entsch. Bd. 49 S. 106. Striethorst 87 S. 176, 54 S. 63.

[2]) Obtrib. 63 S. 141. 65 S. 78.

[3]) Rehbein, Entsch. II, 621, 638. Striethorst 70 S. 343, 85 S. 34.

[4]) Z. B. die Schriften von Dankwardt und v. Monroy.

[5]) Windscheid, Pand. II, § 431 Anm. 18. Förster-Eccius II. § 149 Anm. 21. R.G. XIII S. 184.

15. Titels nur die generelle Verwendungsklage aus § 262 I 13 A. L. R., die naturgemäss auf die behandelten Fälle weitgehende Anwendung fand. Hier finden sich die für die Vorgeschichte des § 816 B.G.B. hochwichtigen Rechtssätze, nach denen sich die Verwendungsklage auch gegen den Dritten richtet, der vom Erstbereicherten erworben hat, sofern dieser Erwerb unentgeltlich war.

Das A.L.R. bildet also wie das gemeine Recht nur den Fall der Veräusserung fremder Sachen zu einem besonderen die Bereicherungsklage begründenden Thatbestand aus. Die sonstigen Fälle des Eingriffs in fremde Rechte werden der Generalklage § 262 I 13 oder der condictio sine causa überlassen, und damit der Willkür der Praxis, die mit diesem allgemeinen Rechtsmittel sehr frei schaltete.

§ 4.

3. Geschichte des § 816 B.G.B. während der Gesetzesvorarbeiten.

Die Kommissionen zur Beratung des bürgerlichen Gesetzbuchs mussten zu dem Streite der gemeinrechtlichen Wissenschaft Stellung nehmen. Die erste Behandlung der Fälle findet sich gradeso wie im Allg. Landrecht im Anschluss an die Eigentumsklage. Der Redaktor des Sachenrechts Johow schlug in seinem Entwurf folgende §§ 195 und 196 vor:

„§ 195. Wer das Eigentum eines Grundstücks dadurch verloren hat, dass ein Andrer in dem irrigen Glauben, hierzu berechtigt zu sein, die Eintragung als Eigentümer in dem Grundbuche erhalten und das Grundstück einem Dritten aufgelassen hat, hat gegen den Auflassenden den Anspruch auf Herausgabe des durch die Veräusserung des Grundstücks erlangten Vorteils.

§ 196. Wer das Eigentum einer beweglichen Sache dadurch verloren hat, dass ein Anderer dieselbe ohne Erwerbsgrund, aber in dem Glauben, dass sie ihm gehöre, besessen und

1. die Sache verbraucht oder deren Eigentum infolge ihrer Verarbeitung oder ihrer Verbindung, Vermischung

oder Vermengung mit der eigenen Sache erlangt hat, oder

2. die Sache veräussert, und der Erwerber das Eigentum sei es sogleich, sei es durch Ersitzung erlangt hat,

hat gegen den Andern Anspruch auf Herausgabe des durch den Verbrauch, die Gewinnung oder Veräusserung der Sache erlangten Vorteils.

Diesen Anspruch hat der Eigentümer gegen den redlichen Veräusserer seiner Sache auch dann, wenn er dieselbe von dem Erwerber gegen Bezahlung des demselben nach § 186 zustehenden Gegenanspruchs zurückerhalten hat, jedoch nicht über den gezahlten Betrag hinaus".

§ 197 schreibt sodann die Abrechnung der bei der Eigentumsklage geltend zu machenden Verwendungen von der Bereicherung vor. Johow folgte also im wesentlichen Iherings Lehren und war bestrebt, die Bereicherungsklage in engen Grenzen zu halten[1]). Er hebt bei beweglichen Sachen die Beschränkung der Klage gegen den untitulierten Besitzer hervor und setzt sie bei Grundstücken voraus.

In § 816 B.G.B. ist dieser Standpunkt durchaus verlassen. Schon in der Beratung der I. Kommission setzte sich die Meinung durch „es sei nicht ersichtlich, wie das Vorhandensein eines Titels auf die Kondiktionsfrage von irgend welchem Einfluss sein könne, da der titulierte Nichtberechtigte in gleichem Masse wie der nichttitulierte Nichtberechtigte infolge der Veräusserung sein Vermögen vermehre[2]). Darum wurde diese Unterscheidung fallen gelassen. Dagegen würdigte man in Übereinstimmung mit Johow die Bedeutung des zur Beratung stehenden Anspruchs im Hinblick auf das System des Schutzes des gutgläubigen Erwerbs auf Grund von Verfügungen Nichtberechtigter, das seit dem I. Entwurf immer weiter ausgebildet wurde. Die Johowschen Vorschläge wurden von einem beschränkten obligatorischen Schutz des Eigentümers zum Rechtsmittel für den, der durch den Schutz des gutgläubigen Erwerbs einen Rechtsverlust er-

[1]) Motive zum Teilentwurf „Sachenrecht" II S. 950 ff. Vgl. auch v. Kübells Teilentwurf: Recht der Schuldverhältnisse II, Spezieller Teil, Abschn. II Tit. 8, IV § 28 S. 89.

[2]) Lith. Prot. V. S. 4226/27.

leidet, welcher Art das geschädigte Recht auch sei, umgewandelt. Damit wurde der wesentliche Inhalt des § 816 B.G.B. schon in erster Lesung festgelegt. Die Bereicherungsklage der l. 23 Dig. XII 1 erhielt so eine Ausdehnung, von der Africanus sich nichts träumen lassen konnte.

Die Kommission erkannte also die Verpflichtung des Nichtberechtigten zur Herausgabe der Bereicherung, die er durch Veräusserung oder Belastung eines Rechts oder durch eine auf Grund desselben an ihn erfolgte Leistung erlangt hat, als der Billigkeit entsprechend an[1]). Dagegen wurde jeder Anspruch gegen den dritten gutgläubigen Erwerber abgelehnt[2]). Man beseitigte die Spezialvorschriften bei der Eigentumsklage. Da die Anwendung des allgemeinen Bereicherungsparagraphen § 748 Entw. I zweifelhaft erschien, „mit Rücksicht darauf, dass es hier an einem unmittelbaren Übergange aus dem Vermögen des Berechtigten fehle“, gab man die drei §§ 839, 880 und 2081 Nr. 3 im Anschlusse an den Rechtserwerb im Schutze des guten Glaubens. Die entsprechenden §§ 812, 850, 2232 Entw. II wurden zu einem § 740a zusammengefasst.

Wenn noch Ihering die von ihm behandelte condictio als obligatorischen Eigentumsschutz charakterisierte und Hellwig von der neuen Gesetzgebung ein Rechtsmittel zur Ergänzung der Eigentumsklage verlangte, so ist das B.G.B. darüber zu einer allgemeinen Bestimmung fortgeschritten. § 816 ist nicht mehr blos ein „zusammengeschrumpfter Eigentumsanspruch“ [3]), sondern gewährt allen Arten von Rechten, in die durch Verfügungen eines Nichtberechtigten eingegriffen wird, Schutz durch die Bereicherungsklage.

[1]) Motive III, S. 224, 225.
[2]) Anders Prot. III S. 83.
[3]) Hellwig. im Arch. f. d. civ. Pr. 68 S. 253. Jacobi, Berl. Festgabe f. Gneist 88 S. 141.

C. Der Bereicherungsanspruch
aus § 816 B.G.B.

§ 5.

I. Sein Verhältnis zu verwandten oder konkurrierenden Ansprüchen, die auf unberechtigten Verfügungen beruhen.

Durch eine gemeinsame Geschichte ist der neue Bereicherungsanspruch mit einer Reihe von Rechtsmitteln verwandt, die an andern Stellen im System stehen. Da vielfach der diesen und andern Ansprüchen zu Grunde liegende Thatbestand die Voraussetzungen des § 816 mitumfasst, so erwächst die Frage, ob der Bereicherungsanspruch durch diese Konkurrenz ausgeschlossen wird.

Die Subsidiarität, die Endemann[1]) den Bereicherungsklagen überhaupt zuschreibt, ist nach dem Gesetz nicht ausreichend zu begründen. Sie ist nur in den Gesetzgebungen ein Bedürfnis, wo allgemeine Sätze wie der § 262 I 13 A.L.R. aufgestellt werden, die sich ohne subsidiäre Anwendung auf Kosten der Rechtssicherheit über das ganze Rechtssystem ausbreiten würden. Wo die Bereicherungsansprüche auf umgrenzten Thatbeständen beruhen, liegt diese Gefahr nicht vor.

Planck betrachtet die Bereicherungsklage nur dann als ausgeschlossen, wenn etwa ein Anspruch wie die Eigentumsklage besteht, deren Thatbestand mit der Bereicherungsklage unvereinbar ist. Sonst sieht er keinen Grund, dem Kläger, der von einem weitergehenden Anspruch z. B. aus unerlaubter Handlung keinen Gebrauch machen will, dem Geringern zu versagen.

Planck wird den Bedenken Endemanns damit insofern nicht voll gerecht, als behauptet werden könnte, dass ein wesentliches Erfordernis der Bereicherungsklage, der Vermögensverlust auf Seiten des Klägers, fehle, solange er einen, wenn auch nur obligatorischen Ersatzanspruch irgend welcher Art habe. Dabei

[1]) Endemann § 198 Anm. 4. Dagegen Cosack § 168 Anm. 13. Planck, Comm., Vorbem. zum 24. Titel.

ist auch der Fall ins Auge zu fassen, dass sich die Bereicherungsklage gegen einen anderen als den aus dem zweiten Anspruch Haftenden richten würde.

Zunächst ist es überaus „bedenklich, ein häufig problematisches Forderungsrecht auf die Bereicherung in Anrechnung zu bringen“ [1]). Wer ein Forderungsrecht für ein dingliches Recht eintauscht, wird ärmer. Für die Passivseite hat Eisele [2]) die abweichende Meinung vertreten und die Klage aus l. 49 Dig. III 5 überall versagt, wo der beklagte Veräusserer einen Regressanspruch gegen seinen Vormann hatte. Denn nach Untergang der Sache habe zwar der Veräusserer seinen Veräusserungserlös sicher, er verliere aber seinen Regressanspruch und sei infolgedessen nicht bereichert. Diese Auffassung entspricht weder dem gemeinen Recht noch dem § 816. Die Bereicherungsklage aus § 816 richtet sich gegen den Verfügenden ohne Rücksicht darauf, ob dieser seinen Regressanspruch verliert. Der obligatorische Anspruch wird hier nicht als Subtrahend bei der Bereicherung angerechnet. Ebenso braucht auch auf der Aktivseite der Vermögensverlust wirtschaftlich und rechtlich nicht dadurch ausgeschlossen zu werden, dass der Verlierende einen obligatorischen Anspruch gewinnt.

Gegen die Unvereinbarkeit der Bereicherungsklage, insbesondere der aus § 816, mit anderen obligatorischen Ansprüchen beweisen auch die Motive [3]), die ausdrücklich der Konkurrenz des Schadensersatzanspruchs gedenken. Auf das Nebeneinanderbestehen mehrerer Bereicherungsansprüche wird noch wiederholt einzugehen sein. So enthält grade § 816 Beweise dafür, dass die Bereicherungsklage durch anderweitige Ansprüche nicht ausgeschlossen zu werden braucht.

Wenn nun auch die Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs zu leugnen ist, so ist davon zu scheiden, dass § 816 zu gewissen Bestimmungen im Verhältnis der lex generalis zur lex specialis steht. Wo Spezialbestimmungen dem Kläger geringere Rechte geben als § 816, kann der Beklagte sich auf jene Sätze

[1]) Stieve, Gegenstand des Bereicherungsanspruchs S. 93. (Man denke z. B. an die Schadensersatzklage gegen den mittellosen Dieb.)

[2]) Arch. f. d. civ. Pr. 66 S. 17.

[3]) Motive III S. 224.

berufen z. B. wo vertragsmässig eine geringere Haftung begründet ist. Vor allem stehen der Klage aus § 816 in dieser Weise die Sondervorschriften gegenüber, die bei der Eigentumsklage in §§ 987 ff. für den Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers gegeben sind. Verfügungen über die Früchte können allerdings nicht unter § 816 fallen, da die Früchte mit der Trennung Eigentum des gutgläubigen Besitzers werden. Aber alle Verfügungen über die Sache, die als Akte der Fruchtziehung erscheinen (Übertragung des Fruchtgenusses auf einen andern durch Vermietung, Verpachtung, Niessbrauchbestellung), können nicht die Bereicherungsklage nach § 816, der hier anwendbar wäre, nach sich ziehen, sondern nur die Herausgabepflicht nach Fruchtrecht. Der gutgläubige Besitzer würde, sofern er nicht unentgeltlich den Besitz erworben hat, von jeder Haftung frei sein (§§ 987, 988 B. G. B.). Bei denjenigen Verfügungen, die dem Berechtigten nur Früchte und Nutzungen nehmen, die Gegenstand und seinen Stammwert aber unberührt lassen, müssen §§ 987 ff. als leges speciales dem § 816 vorgehen.

Natürlich wird die praktische Bedeutung der Bereicherungsklage, wo andere weitergehende Ansprüche bestehen, zurücktreten und auf die Bedeutung eines eventuellen Klagegrundes eingeschränkt werden.

Die wichtigsten Ansprüche, die in der geschilderten Art mit § 816 in Konkurrenz treten können, sind die Klagen aus unerlaubter Handlung und Geschäftsführung, der Eigentums- und der Erbschaftsanspruch, sowie Klagen aus Verträgen.

Dass die Verfügung eines Nichtberechtigten über fremde Vermögensstücke eine unerlaubte Handlung (Unterschlagung, Pfandkehrung, Depôtvergehen u. s. w.) sein kann, bedarf keiner Erörterung.

Verfügt der Nichtberechtigte für sich und behandelt er dabei ein fremdes Geschäft als sein eigenes, obwohl er weiss, dass er nicht dazu berechtigt ist, so gehört der Fall gleichzeitig unter § 687 ² und unter § 816. Die Verfügungen des § 816 sind die Hauptfälle der sogen. ipso gestu fremden Geschäfte, die ohne Rücksicht auf die Willensrichtung des Handelnden fremde Geschäfte sind, weil sie eine „Ausübung fremder Vermögensrechte“ enthalten. § 687 wird hier die Anwendung

von § 816 vermindern, da er, sofern der Verfügende geschäftsfähig ist, dem Kläger weitere Befugnisse gewährt. Der Geschäftsführer hat das Geschäft, um nicht schadensersatzpflichtig zu werden, dem Willen des Berechtigten entsprechend zu Ende zu führen, dessen Entschliessungen abzuwarten, Nachrichten, Auskunft, Rechenschaft zu geben und Geld, das er für sich verwendet, vom Augenblicke der Verwendung zu verzinsen.

Mit der Eigentumsklage kann der Besitzer haftbar gemacht werden, der zur Herausgabe der Sache ausser Stande ist, sofern er beim Besitzerwerb nicht in gutem Glauben (bösgläubig oder aus grober Fahrlässigkeit gutgläubig § 932 Abs. 2) war oder später erfahren hat, dass er zum Besitze nicht berechtigt sei. Hier kann auch ein gutgläubiger Besitzer für seine Verfügungen haftbar sein, sofern nur der gute Glaube beim Besitzerwerb auf grober Fahrlässigkeit beruhte. Dieselbe Haftung auf Schadensersatz, die § 990 vorschreibt, tritt von der Rechtshängigkeit an für jeden gutgläubigen Besitzer ein. Auch die Ansprüche aus §§ 989, 990 werden die Anwendung von § 816 zurückdrängen, da sie nicht auf die Bereicherung des Verpflichteten beschränkt sind.

Die Erbschaftsklage[1]) bildet für den Erben ein Rechtsmittel gegen den nichtberechtigten Erbschaftsbesitzer, der gut- oder bösgläubig vor oder nach der Rechtshängigkeit über Erbschaftsgegenstände verfügt (§§ 2019, 2023). Wie nach § 816 haftet nach § 2021 in Verbindung mit § 818 der Gutgläubige nur, soweit er bereichert ist, in beiden Fällen auch unter Abrechnung der impensae voluptuariae. Die Erbschaftsklage bietet aber vor der Klage aus § 816 einen wesentlichen Vorzug in dem durch Umwandlung des § 2081 Nr. 3 Entw. I eingeführten Prinzipe der dinglichen Surrogation. Das ist aber auch die einzige Abweichung der Erbschaftsklage. Hätte die II. Kommission sich nicht entschlossen die dingliche Surrogation anzuerkennen, so würde § 2081 Nr. 3 Entw. I durch § 740a Entw. II bezw. § 816 B.G.B. völlig ersetzt worden sein[2]).

---

[1]) Leonhard, Erbschaftsbesitz S. 14, S. 65, 126 bes. Cosack II, § 399 S. 767. Strohal, Erbrecht S. 554 ff. § 95.

[2]) Prot. V 712.

Auf die zahlreichen Fälle, wo eine obligatorische Rückgabepflicht besteht, welcher der Verfügende zuwider handelt, z. B. §§ 346 (Rücktritt), 688 ff. (Verwahrung), braucht nicht eingegangen zu werden. Häufig erscheint auch die Verfügung eines Nichtberechtigten selbst als vertragvollendende Willensäusserung. Meist wird es sich um die nichtempfangsbedürftige Annahme des § 151 B. G. B. handeln. Auch Verfügungen, die weder in der Absicht getroffen werden, Erklärungen des Willens zu sein noch auch nur überhaupt Äusserungen des Vertragswillens sind, werden in der Praxis als Vertragsannahme behandelt, weil der Antragende sie nach Treu und Glauben dafür halten muss. Mag hier auch vielfach eine Fiktion des Annahmewillens vorliegen, so ist sie doch nicht anders als sonst bei Anwendung der Erklärungstheorie [1]), wo immer das Vorhandensein des Erklärungswillens nach Sätzen der Erfahrung präsummiert oder fingiert wird. Trotz der Opposition [2]) werden solche Fälle auch weiterhin als Willenserklärungen zu construieren sein. Es tritt dann Haftung aus dem Vertrage ein, nicht nur aus Delikt oder Bereicherung. § 816 wird aber in solchen Fällen als eventuelles Klagefundament Verwendung finden, sofern der Vertragsanspruch nicht geringer ist.

Schliesslich sei noch auf die Ergänzung hingewiesen, die der § 816 in dem § 46 K. O. (§ 38 a. F.) findet [3]). Verfügt jemand über fremde Rechte und verfällt in Konkurs, ohne die Gegenleistung eingezogen zu haben, so kann die Forderung darauf, wie bei Verfügungen des Konkursverwalters aus der Masse ausgesondert werden. In den Rechten, wo der gutgläubige Veräusserer den Erlös aus der fremden Sache nicht herauszugeben brauchte, entstand durch diese Bestimmung des § 38 K. O. ein Missverhältnis zwischen Civilrecht und Kon-

---

[1]) **Leonhard**, Irrtum S. 212/13. **Isay**, Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts. Jena 1899. S. 13. **Fritze**, bei **Kohler** und **Ring** XIV S. 201. Vgl. **Freund**, Die stillschweigende Vertragsannahme (§ 151 B. G. B.). Breslau 1899.

[2]) **Schlossmann**, Vertrag S. 46 ff. **Ehrlich**, Stillschweigende Willenserklärung S. 115, 135 ff., 154. Cfr. auch **Bekker**, System II § 95 Beil. II l.

[3]) **Wolff**, Comm. z. K. O. § 46: Unterschiede zwischen § 46 K. O. und § 816 B. G. B.

kurs[1]), das eine reichsrechtliche Verallgemeinerung der Konkursbestimmung erheischte[2]). So stellt § 38 K.O. eine Stufe der Entwickelung des § 816 dar.

§ 6.

II. Die Stellung der neuen Kondiktion in der Bereicherungslehre.

§ 816 setzt voraus, dass ein Vermögensstück aus der Herrschaft des Berechtigten in die Gewalt eines Nichtberechtigten gelangt ist, und dieser seine thatsächliche Verfügungsmacht zu einer ihm vorteilhaften, dem Berechtigten aber schädlichen Verfügung ausnützt.

Wie der Verfügende die Verfügungsgewalt erlangt hat, ist gleichgültig. Er kann sie ebenso vom Berechtigten selbst wie von dritter Seite erhalten haben. Wenn man also das Verhältnis des § 816 zu § 812 S. 1 bestimmen will, darf man nicht etwa einen wesentlichen Unterschied darin sehen, dass der Bereicherte in den Hauptfällen des § 812 S. 1 einen Gegenstand ohne Grund direkt vom Berechtigten erhält, während in § 816 der Gegenstand der Verfügung von anderwärts in die Verfügungsmacht des Nichtberechtigten kommt. In dieser Beziehung können vielmehr die Fälle sehr ähnlich sein. Hat jemand ein Grundstück gekauft, aufgelassen erhalten und demnächst weiter aufgelassen, so haftet er, wenn nur der erste Kauf unwirksam ist, wenn er z. B. im Wege der Wandlung oder sonst durch Anfechtung oder Rücktritt aufgehoben wird, nach §§ 812, 818, bei Unwirksamkeit der ersten Auflassung aber nach § 816. Der Klage aus § 812 fällt die Hauptaufgabe zu, bei Rechtsübertragungen auf Grund obligatorischer Verträge die Mängel des obligatorischen Geschäfts, der causa praecedens, gegenüber dem fehlerlosen dinglichen Rechtsakt zur Geltung zu bringen; § 812 setzt also voraus, dass der Beklagte das Recht gültig erworben hat, während § 816 grade voraussetzt, dass das dingliche Geschäft mangelhaft, der Erwerb des

[1]) Anders Kohler, Konkursrecht S. 180; Begr. S. 185 ff. bei Hahn, Materialien S. 182.

[2]) Hellwig, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 68 S. 221.

Rechts durch den Beklagten nicht in Ordnung ist, dass er „Nichtberechtigter“ geblieben ist. Verfügt der Berechtigte, der nur der Bereicherungsklage des § 812 unterliegt, über den Gegenstand seiner Bereicherung, so haftet er nach § 818; verfügt der Nichtberechtigte, der der Bereicherungsklage nicht unterliegt, weil gegen ihn noch die dingliche Klage besteht, so bildet § 816 den Ersatz des unanwendbaren § 818. Aus dieser Vergleichung werden für den Gegenstand des Anspruchs wichtige Folgerungen zu ziehen sein.

Der Bereicherungsvorgang ist bei der Verfügung des Nichtberechtigten auffällig. Denn wenn der Nichtberechtigte auch, wie in § 812, den Gegenstand seiner Verfügung unmittelbar aus dem Vermögen des Berechtigten erlangt haben kann, so stellt doch dieser Gegenstand anders als in § 812 nicht die Bereicherung dar. Die Bereicherung wird erst durch die Verfügung erlangt, nicht unmittelbar aus dem Vermögen des Berechtigten, sondern aus dem Vermögen dessen, zu dessen Gunsten die Verfügung erfolgt. Man fasst daher regelmässig [1]) den Bereicherungsfall des § 816 als dem § 812 nebengeordnet auf, da bei § 816 kein unmittelbarer Vermögensübergang vorliege, § 812 daher diesen Fall nicht mitumschliesse.

Aber schon die Äusserungen der Motive [2]) erregen Zweifel hieran; dort wird nur gesagt, die besondere Regelung der Verfügung Nichtberechtigter sei zur Klarstellung wünschenswert, da sonst die Anwendung des § 748 Entw. (812) zweifelhaft sein könne.

Man ist doch darüber einig, dass das auf Kosten des Klägers Erlangte, das der Bereicherte nach § 812 herauszugeben hat, nicht im Vermögen des Klägers gewesen zu sein braucht. Man wählte grade den Ausdruck „auf Kosten“ um die Unterordnung auch solcher Fälle unter § 812 möglich zu machen, wo der Bereicherte nichts „aus dem Vermögen“ oder „von Seiten“ des Klägers erlangt hat. So wird die Zahlung des debitor cessus an den Cedenten als auf Kosten des Cessionars erfolgt bezeichnet. Gradeso ist es mit der Erbschaftsaus-

---

[1]) Z. B. Planck zu § 816.

[2]) Motive II S. 853. Motive III S. 224.

schlagung oder der in den Quellen viel erwähnten Bereicherung durch ungerechtfertigte Zahlung im Wege der Anweisung[1]). Die Verfügung des Nichtberechtigten ist ein zwischen dem Geschädigten und dem Verfügenden sich abspielender, der contrectatio des Diebes ähnlicher Vorgang. Die Bereicherung vollzieht sich nicht in dem Sinne durch eine Mittelsperson, dass diese selbst bereichert zwischen Kläger und Beklagten träte und so den Kausalzusammenhang zwischen Vermögensverlust und Bereicherung unterbräche. Ein solcher mittelbarer Übergang, bei dem nach § 822 arg. a contr. die Bereicherungsklage ausgeschlossen scheint, liegt bei § 816 nicht vor.

§ 816 wird also wie §§ 813, 817, 812 Abs. 2, von § 812 S. 1 umfasst[2]). Wegen der Art des Bereicherungsvorganges ist die Anwendung des § 812 auf Fälle die mangels einzelner Thatbestandsmerkmale nicht unter § 816 fallen, nicht ausgeschlossen.

III. 1. Voraussetzungen des Anspruchs gegen den Urheber der Verfügung.

§ 7.

a) Voraussetzungen in der Person und Rechtsstellung der Beteiligten.

Für die Person des Verpflichteten fordert § 816 keine besonderen Qualifikationen.

a) Der Anspruch folgt aus der Verfügung des Nichtberechtigten, ohne Unterschied, ob der Verfügende gut- oder schlechtgläubig war. Dadurch unterscheidet sich die Bereicherungsklage wesentlich von den erwähnten verwandten Rechtsmitteln, die im allgemeinen gegen den gutgläubigen Besitzer versagen. Die Eigentumsklage trifft den gutgläubigen Besitzer, der veräussert hat, in beschränktem Masse; die Surrogation tritt ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben des Erbschaftsbesitzers ein. Die Geschäftsführungsklage ist aber gegen den, der eigene Geschäfte zu führen glaubt und fremde besorgt, unzulässig.

[1]) Prot. II 685. Windscheid § 424 Nr. 8.

[2]) Hachenburg, Vorträge S. 174

In § 687 hat sich das Gesetzbuch der Theorie, die im gemeinen und preussischen Rechte zur Herrschaft gekommen war, angeschlossen [1]). § 816 hat also seine Hauptbedeutung als Rechtsmittel gegen den gutgläubigen Besitzer, wenn er auch neben den sonstigen weitergehenden Ansprüchen auch gegen den bösgläubigen Besitzer verwendbar ist.

b) Ebensowenig will § 816 zwischen dem titulierten und untitulierten Besitzer eine Unterscheidung machen. Das Gesetz giebt keinen Anhalt dazu und die beratenden Kommissionen haben die Unterscheidung ausdrücklich verworfen. So ist es denn als willkürlich und unrichtig zu bezeichnen, wenn Stieve [2]) den Anspruch aus § 816 auf gänzlich verschieden rechtliche Grundlagen zurückführen zu müssen glaubt, je nachdem der Verfügende titulierter oder untitulierter Besitzer war. Nur in letzterem Falle sei der Anspruch wirklich auf „ungerechtfertigte Bereicherung" gegründet. Gegenüber dem titulierten Besitzer sei es ein Anspruch, der die Bereicherung zum Gegenstande habe, aber keine Bereicherungsklage im Sinne der Titelüberschrift. Der titulierte Besitzer habe die Bereicherung nicht „ohne rechtlichen Grund", es fehle also dieses in § 812 aufgestellte Erfordernis.

Grade die Verweisung auf § 812 macht die Unrichtigkeit der Stieveschen Meinung, die für die Lehre von den Bereicherungsklagen im allgemeinen bedeutsam sein könnte, augenfällig. Die aus § 812 Verpflichteten sind ja nicht nur titulierte Besitzer im römischen Sinne, sondern sogar Eigentümer, und doch wird ihr Rechtserwerb als grundlos betrachtet. Ob eine Bereicherung vom Recht als grundlos erachtet wird, hat mit der Frage nach dem Rechtstitel des Erwerbs nichts zu thun [3]). Bei Stieves Auffassung wäre nicht verständlich, warum gegen den titulierten Besitzer überhaupt ein Anspruch gegeben würde, wenn sein

[1]) Motive II 870 zu § 761 Entw. I. Hier wird auf die Bereicherungsklage verwiesen.

[2]) Stieve S. 12, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs. Strassburg 1899. Isay, Die Geschäftsführung nach dem B.G.B. Jena 1900. § 5 S. 92 ff.

[3]) Stieves Gedankengang ist ähnlich dem bei Brinz. Vgl. oben S. 5 Anm. 1.

Titel ausreichte, seinen Erwerb zu rechtfertigen. Es ist überhaupt grundlos, den ungeklärten Begriff des römischen titulus wieder in das neue Recht hinüberzutragen.

c) Das Gesetz schreibt lediglich vor, dass die Verfügung, die den Grund der Bereicherungsklage bildet, von einem Nichtberechtigten ausgehen muss.

Damit ist die dingliche Rechtsstellung gemeint; die Stellung des Nichtberechtigten einerseits, des Berechtigten andererseits zu dem Gegenstand, über den verfügt wird, kann aber sehr verschieden sein:

1) Es sind eine Reihe von Abstufungen nach der Stärke der Rechtsstellung denkbar, die verschiedene Gestaltungen des Bereicherungsanspruchs nach sich ziehen:

Die Verfügung eines Besitzers der gar kein Recht oder ein nichtiges Scheinrecht am Gegenstand der Verfügung hat, stellt die stärkste Rechtsverletzung dar. Der Umstand, dass der Verfügende etwa einen obligatorischen Anspruch auf Übertragung des fremden Rechts hat, giebt ihm kein Recht zur Verfügung, möglichenfalls allerdings eine Einwendung gegen den Bereicherungsanspruch. Die relative Nichtigkeit des Rechts des Verfügenden ist ebenso zu behandeln. Die Verfügung greift in das Recht dessen ein, zu dessen Gunsten die relative Nichtigkeit besteht. Dementsprechend muss der Vollberechtigte — ein nichtiger oder relativ nichtiger Veräusserungsakt nimmt ihm sein Recht nicht — vor der Klage geschützt sein. Wenn er über ein Recht verfügt, zu dessen Übertragung er obligatorisch verpflichtet ist, so unterliegt er nur den Ansprüchen, die sich aus dem Schuldverhältnisse ergeben. Der blos obligatorisch Berechtigte ist, was die Verfügungsmacht anlangt, Nichtberechtigter. Dies ist wichtig; denn wenn auch auf das obligatorische Verhältnis eine Einwendung gegen den Bereicherungsanspruch gestützt werden kann, so ist sie doch als Einrede nur dann zu berücksichtigen, wenn der Beklagte sich darauf beruft.

Trifft jemand eine Verfügung, der sein Recht auf einen anfechtbaren Übertragungsakt stützt, so ist er zunächst vollberechtigt. Mit der Geltendmachung der Anfechtung wird aber sein Recht zu nichte. Nach § 142 B.G.B. ist es als von Anfang an nichtig anzusehen. Infolgedessen entsteht mit dem Augen-

blicke der Anfechtung die Bereicherungsklage. Es dürfte sogar schon von der Verfügung an ein suspensiv bedingter, durch Untergang des Anfechtungsrechts resolutiv bedingter Anspruch anzunehmen sein, der übertragbar, pfändbar und im Konkurse zu berücksichtigen wäre.

Wer sein Recht durch anfechtbaren Übertragungsakt veräussert hat, haftet als Nichtberechtigter, bis er durch Geltendmachung der Anfechtung Berechtigter wird und der Anspruch untergeht.

Die Stellung des Resolutivbedingtberechtigten und desjenigen, der sein Recht unter aufschiebender Bedingung aufgegeben hat, ist eigenartig. Sie sind Berechtigte und, da der Eintritt der Bedingung anders als die Anfechtung nicht zurückwirkt, so wird ihre Verfügung durch den Eintritt der Bedingung nicht nachträglich zu der eines Unberechtigten. Wer durch den Eintritt der Bedingung das Recht erwirbt, hat den Schadensersatzanspruch aus § 160, wenn die regelmässig gemäss § 161 unwirksame Verfügung nach § 161 Abs. 3 wirksam ist. Nur wenn nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts der Eintritt der Bedingung mit obligatorischer Wirkung zurückbezogen werden soll (§ 159), kann sich der eintretende Berechtigte neben § 160 auch auf den bequemeren § 816 berufen.

Der Suspensivbedingtberechtigte und, wer sein Recht unter einer Resolutivbedingung aufgegeben hat, ist zunächst unberechtigt und unterliegt der Klage, die aber mit Eintritt der Bedingung wegfällt, also resolutiv bedingt ist, da dann die Verfügung auch gemäss § 185 konvalescieren würde.

Ebensowenig wie der Inhaber eines obligatorischen Rechts auf eine Sache ist derjenige Berechtigter im Sinne des § 816, der sein Recht fiduciarisch auf einen andern übertragen hat. Dem Fiduciar wird nach aussen hin die dingliche Rechtsstellung mit voller Verfügungsmacht eingeräumt, von der aber nach dem Willen der Beteiligten gar nicht oder nur in bestimmter Weise Gebrauch gemacht werden soll. Mit dem blossen Scheinberechtigten z. B. einem eingetragenen Nichteigentümer im Falle der Simulation ist der Fiduciar nicht zu verwechseln[1]). Man darf

[1]) Cosack I, § 64 Anm. 8. Dreyer, Das fiduciarische Rechtsgeschäft. Gruchot 40 S. 233.

sich nicht von dem vielfach vertretenen Satze bestimmen lassen, dass bei fiduciarischer Rechtsübertragung im Verhältnis zwischen dem Übertragenden und dem Fiduciar das Recht als nicht auf den Fiduciar übergegangen zu behandeln sei. Der Fiduciar ist es vielmehr, der eventuell zu Klagen aus § 816 legitimiert ist. Vor allem aber sind seine Verfügungen über die anvertraute Sache nicht Verfügungen eines Nichtberechtigten. Das Prokuraindossament in der Form des Vollindossaments, eines der wichtigsten Fälle fiduciarischer Rechtsübertragung, hat zur Erörterung dieser Fragen im Konkursrecht geführt. Trotz der abweichenden Meinung der Gesetzgebungskommission nimmt man an, dass der übereignete Wechsel, wenn die Übereignung auch nur fiduciarisch erfolgt ist, aus der Konkursmasse nicht auszusondern ist [1]). Bestellt jemand eine Hypothek zur Sicherheit fiduciarisch, die der andere nicht veräussern soll, so kann er, wenn der andere sein Recht unentgeltlich weiterüberträgt, dem gutgläubigen Erwerber Einwendungen aus § 816 S. 2 nicht entgegenhalten, wie behauptet worden ist. Wer Eigentum zur Sicherheit erhält (cessio in securitatem), wer Geld zu einem Zwecke z. B. für die Kinder eines verstorbenen Freundes sammelt, ist nach aussen verfügungsberechtigt. Es ist ja keine rechtliche Verfügungsbeschränkung, nicht einmal eine obligatorische Verpflichtung vorhanden. Die Rücksicht auf das zwischen den Parteien bestehende Vertrauensverhältnis, ein nur moralisches Band, ist es, das den Fiduciar von der Verfügung abhalten soll.

2) Von der Stärke der Rechtsstellung des Berechtigten und des Nichtberechtigten in Bezug auf den Gegenstand der Verfügung abgesehen, kann die verschiedene Natur des durch die Verfügung beeinträchtigten Rechtes und die Stellung, die der Verfügende bei der Verfügung zum verletzten Rechte einnimmt, mannigfaltige Fälle erzeugen. Ob in fremdes Eigentum, Pfandrecht oder Niessbrauchsrecht eingegriffen wird, ändert Umfang und Ziel der Klage. Vor allem können Schädigungen eines Be-

[1]) Seuffert, Konkursprozessrecht S. 93 § 16 Anm. 10. v. Sarwey-Bossert zu § 43. Goldschmidts Zeitschrift Bd. 28 S. 82. Regelsberger, Arch. f. d. civ. Pr. 63 S. 186. Anders Kohler, Konkursrecht § 35 S. 179 und Iherings Jahrb. XVI S. 349. Brunner bei Endemann II S. 163. Laband, Goldschmidts Zeitschrift IX S. 248.

rechtigten dadurch eintreten, dass ein anderer grade solche Verfügungen vornimmt, die zu den Rechten des Geschädigten gehören. Dies sind die typischen Fälle der „vollmachtlosen Ausübung fremder Vermögensrechte" (v. Monroy), die den objektiven Thatbestand der negotiorum gestio erfüllen. Diesen Fällen stehen aber andere gegenüber, wo der Verfügende ein fremdes Recht beeinträchtigt, ohne es auszuüben. Wer eine fremde Sache veräussert, so dass der Erwerber Eigentümer wird, ist dem wahren Eigentümer, dessen Recht ausgeübt wird, verpflichtet[1]). Ob er auch dem Pfandgläubiger haftet, dessen Recht bei der Veräusserung untergeht, könnte zweifelhaft sein[2]). Im Hinblick auf den historischen Zusammenhang mit der actio negot. gest. wäre es nicht undenkbar, dem Pfandgläubiger den Anspruch zu versagen; denn eine sog. unechte negotiorum gestio liegt hier nicht vor.

Dies wäre aber nicht der Sinn des § 816. Die Motive nennen es einen partiellen, teilweisen Rechtsmangel, wenn dem Verfügenden zwar das Recht zusteht, das den Gegenstand der Verfügung bildet, jedoch belastet mit Rechten anderer. Durch den guten Glauben des Erwerbers wird der partielle Rechtsmangel geheilt wie der totale[3]). In den Motiven wird also anscheinend die Vorstellung verwertet, als verfüge der Eigentümer der belasteten Sache, der sie trotz des partiellen Rechtsmangels frei von der Belastung veräussert, über das Recht des partiell an der Sache Berechtigten, das er zum Untergange bringt, wodurch dem Erwerber auch jener Teil der Herrschaft über die Sache verschafft wird[3]).

Die Konstruktion des Eigentümers einer belasteten Sache als eines Berechtigten mit partiellem Rechtsmangel erscheint unhaltbar. Sie widerspricht der Auffassung der Rechte an der Sache als Sachbelastungen, wie sie das B.G.B. verwendet, ebenso wie der herrschenden Theorie. Denn, wer den Eigentümer als partiell Berechtigten auffasst, muss auch dem Inhaber eines Rechts an der Sache ein partielles Recht zuschreiben. Die

[1]) Der Hypothekar, der an einen Gutgläubigen cediert, obwohl die Forderung nicht bestand, verfügt über die Hypothek des Eigentümers.

[2]) Eine Hypothek ist z. B. zu Unrecht im Grundbuch gelöscht.

[3]) Hachenburg S. 155, Motive III S. 347.

Rechte an der Sache sind aber nicht nur Befugnisse, die aus dem Bündel von Rechtsbefugnissen, die man als Eigentum zusammenfasst, losgelöst sind, sondern Beschränkungen des Eigentums [1]).

Trotz der mangelhaften Konstruktion der Motive erscheint es der Bestimmung des § 816 entsprechend, in ihm auch Inhaber von blossen Rechten an der Sache Entschädigung für die Rechtsverluste finden zu lassen, die sie durch den Schutz des gutgläubigen Erwerbs erleiden. Man kann dazu gelangen, indem man bei der nicht ganz exakten Vorstellung bleibt, als werde auch über die Rechte an der Sache verfügt, die durch die Verfügung untergehen. § 816 nötigt aber nicht dazu, die Verfügung Nichtberechtigter durchaus als Ausübung eines korrespondierenden Rechtes der Geschädigten zu konstruieren. Wenn auch regelmässig die Begriffe „Berechtigter" und „Nichtberechtigter" sich entsprechen, so ist dies doch nicht so streng zu nehmen, dass nicht auch ein Berechtigter an dem Gegenstande der Verfügung den Anspruch erheben könnte, in Bezug auf dessen Recht gar keine unberechtigte Verfügung vorgenommen wird.

Immer müssen durch die Verfügung Rechte verletzt sein, damit § 816 Platz greift, mögen die Rechte an der Sache auch blosse Verbietungsrechte sein. Von anderer Art sind blosse Verfügungsbeschränkungen zu Gunsten bestimmter Personen, denen ein durch die Beschränkung geschütztes dingliches Recht nicht zusteht (z. B. § 7 K.O.). Da auch hier die Vorschriften vom Schutz des guten Glaubens entsprechend anzuwenden sind (§ 135 B.G.B., § 7 K.O.) — die Motive sprechen auch hier vom teilweisen Rechtsmangel —, so wäre für die Anwendung von § 816 Raum [2]) [3]).

Gleichwohl wird die Bereicherungsklage hier nur anwendbar sein, wenn dem Geschädigten ein Recht zusteht, dessen Verletzung von der Beschränkung abgesehen die Klage erzeugen

[1]) l. 25 pr. Dig. de V. S. L 16. Windscheid I § 200 Anm. 3. Dernburg, Pand. I § 237 Anm. 1, 2, 3, und dort Citierte.

[2]) Anger, Sächs. Arch. VII S. 690 giebt die Klage. Neumann zu § 816.

[3]) Der Fall des § 135 (Verfügungsbeschränkung eines Vollberechtigten) ist nicht zu verwechseln mit dem durch die verbotene Veräusserung begründeten relativ nichtigen Rechte.

würde, z. B. ein aufschiebend bedingtes Recht, dessen Wirkungen nach dem Parteiwillen zurückdatiert werden sollen (§§ 159, 161 B.G.B.) oder ein Pfandrecht, für dessen Inhaber eine Beschlagnahme wirksam ist (Veräusserung vor Eintragung des Versteigerungsvermerks). Sonst werden dem, zu dessen Gunsten die Beschränkung besteht, nur die aus seinem besonderen Verhältnis zum Verfügenden entspringenden Ansprüche zu gewähren sein z. B. dem Nacherben der Anspruch aus § 2138 Abs. 2. Wenn ein dingliches Recht, das durch die Verfügung verletzt wird, wie in der Regel, nicht besteht[1]), so fehlt es an einer zur Erhebung der Bereicherungsklage legitimierten Person.

Die Verfügungsbeschränkung des § 135 hat ja im wesentlichen präventiven Zweck. Die aus der dinglichen Verfügungsbeschränkung folgende relative Nichtigkeit soll, ergänzt durch die Bestimmung des § 772 C.P.O. den, zu dessen Gunsten die Beschränkung besteht, vor ihm nachteiligen Veränderungen der Rechtslage schützen, da er die unwirksamen Verfügungen nicht gelten zu lassen braucht. Ist aber einmal ausnahmsweise der Erfolg, der verhindert werden sollte, doch eingetreten, so ist die Beschränkung gegenstandslos, obwohl sie ihren Zweck nicht erfüllt hat. Besondere positive Rechte erwachsen aus ihr ebensowenig wie dort, wo sie die Verfügung nichtig macht. Die Verfügungsbeschränkung ist eben kein Pfandrecht und gewährt keine vollkommene Sicherung[2]).

Der Besitz, der ja Gegenstand der Bereicherungsklage sein kann, ist kein Recht, dessen Verletzung den Anspruch aus § 816 erzeugen könnte. Gleichwohl ist die Bedeutung des Besitzes für

---

[1]) Vgl. Planck, Neumann, Hölder, Rehbein über § 135.

[2]) Von besondrer Art ist die Stellung eines Mitberechtigten in Gemeinschaften zur gesammten Hand. Trifft der Einzelne eine nach §§ 719, 1442 in Verbindung mit §§ 1444—46, 2040 B.G.B. unwirksame Verfügung über ein Stück, das zum Gesellschaftsvermögen, Gesammtgut oder zur Erbschaft gehört, im eignen Namen, so kann eine Heilung durch den guten Glauben des Erwerbers eintreten. Der Bereicherungsanspruch, der bei Verfügungen des Ehemannes mit § 1456 konkurriert, gehört zum Vermögen der Gemeinschaft, als wäre dies eine vom Urheber der Verfügung verschiedene juristische Person.

die Geltendmachung des Anspruchs gross[1]). Denn man wird die allgemeinen Rechtsvermutungen, dass dem Besitzer wirklich das Recht zusteht (§ 1006 B. G. B.), auch für den Bereicherungsanspruch, der sich auf das Recht stützt, anzuwenden haben. Für den Schadensersatzanspruch ist diese Folgerung in § 851 B. G. B. gezogen. Der Bereicherungskläger kann nicht schlechter gestellt sein. Das Bedenken, das Hellwig für das gemeine Recht geltend macht, der Nachweis eines blos publicianischen Rechtes sei nicht ausreichend, da sonst der Beklagte in Gefahr kommen würde zweimal zu zahlen, greift nicht durch; einmal kann ja der Beklagte im Wege der Einwendung den Rechtsmangel geltend machen; vor allem muss aber die Vermutung zu Gunsten des Besitzers soweit ausgedehnt werden, dass der Zahlung an den, der seinen Besitz nachweist, befreiende Wirkung zukommt. Dem wahren Berechtigten steht es dann frei, den falschen Kläger nach § 816 in Anspruch zu nehmen. In gleicher Weise wie § 1006 wird auch die Vermutung des § 991 für den eingetragenen Berechtigten bei der Bereicherungsklage zu verwenden sein.

b) Objektive Voraussetzungen.

§ 8.

a) Die Verfügung.

Objektiv macht § 816 den Bereicherungsanspruch von einer Verfügung abhängig. Bei den entsprechenden Bereicherungsklagen des frühern Rechts war dies nicht klar hervorgehoben. Die römischen Stellen und das A. L. R. sprechen vom Verkauf, bezw. Weiterveräusserung. So wie das B. G. B. im Sachenrecht die abstrakte dingliche Einigung vom obligatorischen Vertrage scheidet, so wird in § 816 der Begriff „Verfügung“ betont, der der dinglichen Einigung entspricht, da ja die Verfügung es ist, welche die unmittelbare Vermögensverschiebung bewirkt und den Eingriff in die Rechtssphäre des Berechtigten darstellt[2]).

[1]) Oertmann zu § 816. Gierke, Fahrnisbesitz S. 39. Stieve, Gegenstand des B.-A. S. 67; Motive III, 134, 135; Protokolle II, 608, 713; anders Hellwig, cit. Dissert. S. 84.

[2]) Lith. Prot. V S. 4224.

Im Allgemeinen ist man darüber einig, was das Gesetz unter Verfügung verstanden wissen will: diejenigen Rechtsgeschäfte, die unmittelbar eine Übertragung, Veränderung, Belastung oder Aufhebung eines Rechts bewirken[1]. Die Begründung obligatorischer Verpflichtungen wird vielfach (§§ 1375, 1445, 1812, 2206 B. G. B.) zur Verfügung in Gegensatz gestellt[2]. Andrerseits werden als Verfügungen ausdrücklich erwähnt: die Veräusserung und Belastung (§§ 353, 892); Verzicht und Vorrechtseinräumung (§ 1165); Kündigung und Einziehung von Forderungen (§ 1074, vgl. 893).

Die erheblichen Streitfragen, ob Vermietung[3] und Besitzübertragung als Verfügungen anzusehen sind, spielen für § 816 keine Rolle, weil durch jene Rechtshandlungen, die nur die Sachnutzungen betreffen, das Recht des Berechtigten auf die Substanz unberührt bleibt. Wie hervorgehoben finden auf sie die §§ 987 f. Anwendung.

In den Motiven wird betont, dass mit Verfügen nur rechtliches Verfügen gemeint ist. Die Verfügung fällt unter den umfassenderen Begriff des Rechtsgeschäfts. Dadurch unterscheiden sich Rechtshandlungen wie die Verarbeitung oder Vermengung, die nach § 951 Bereicherungsansprüche erzeugen können, von den Verfügungen[4]. Mit Verfügung ist die rechtsgeschäftliche Verfügung gemeint.

Nur in wenigen Fällen wird § 816 anzuwenden sein, obwohl die Schädigung des Berechtigten nicht auf einer Verfügung

---

[1] Mot. I S. 127/128. Neumann I, S. 45, Vorbemerkung zu § 104, Planck, zu § 185; u. a. Komm. u. Lehrb.

[2] Abweichend Gareis, Allgem. Teil S. 111.

[3] Ist die Vermietung durch den gutgläubigen nichtberechtigten Besitzer einer Sache eine Verfügung, so stände sie unter dem Schutze des § 892. Auch könnte der Eigentümer, der die Sache zurückerlangt, die Vermietung nach § 185 genehmigen. Die Genehmigung des obligatorischen Vertrags ist durch § 687 ausgeschlossen. Das Genehmigungsrecht wird man nun dem Eigentümer nicht absprechen können. So wird die Dinglichkeit der Miete, die Cosack II § 243 geistvoll begründet, anzuerkennen sein. In den Mietvertrag wird der Eigentümer nach Analogie von § 571 eintreten können.

[4] Leonhard, Allgem. Teil S. 253. Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, 5. Heft dieser „Studien" S. 29. 53. Cosack I § 51. Mot. I S. 127.

beruht, nämlich in den Fällen, die Hachenburg (Vorträge S. 178) bespricht. Die gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs, Lagerhalters, Frachtführers, Spediteurs, des Werkmeisters und Pächters (§§ 647, 590 B.G.B., § 366 Abs. 3 H.G.B.) kommen durch den guten Glauben geschützt auch an Sachen zu stande, die dem Schuldner nicht gehören. Hier ist es nicht die Verfügung eines Nichtberechtigten, die wirksam wird. Der Nichtberechtigte giebt blos durch Übergabe einer fremden Sache an seinen Gläubiger die Grundlage, auf der das den Berechtigten schädigende gesetzliche Pfandrecht entsteht. Er wird daher grade so haftbar sein, als hätte er die Pfandrechte bestellt. Dies dürfte auch der Anschauung der Motive I S. 128 entsprechen.

Daraus, dass die Verfügungen Rechtsgeschäfte sind, folgt, dass Vorgänge, die dem öffentlichen Rechte angehören, auch nicht zu den Verfügungen gezählt werden dürfen, weil sie keine Rechtsgeschäfte im Sinne des Privatrechts sind[1]). Wenn auch durch solche Vorgänge vielfach ähnliche Rechtsveränderungen, -begründungen und -aufhebungen bewirkt werden wie durch Verfügungen, so können sie doch nicht unter § 816 fallen.

Bei Enteignungen sorgt § 45 des preuss. Gesetzes vom 11. Juni 1874 dafür, dass Rechte Dritter durch die Enteignung nicht verletzt werden. Die Entschädigung tritt an die Stellung des enteigneten Gegenstandes.

Dass die Enteignung kein Verkaufsgeschäft ist, ist herrschende Meinung. Über die Natur der Rechtsänderungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter erfolgen, ist bisher noch keine Einigung erzielt. Liegen hier Verfügungen vor? oder wenigstens gleichstehende Rechtsakte? Ist der Vollstreckungsgläubiger als Verfügender anzusehen? Dies sind Fragen, deren Beantwortung für die Bedeutung des § 816 hochwichtig ist.

Eine Reihe von Schriftstellern trägt kein Bedenken, § 816 auch auf die Akte der Zwangsvollstreckung anzuwenden. Sie finden die Bereicherungsklagen des Vollstreckungsrechts, über

---

[1]) Windscheid, Pand. I § 69 Anm. 1b. Cosack, Bürgerl. Recht I § 51.

deren Zulässigkeit in der Theorie noch nicht entschiedener Streit herrschte, durch § 816 zweifelfrei begründet[1]).

Da die Zwangsverwaltung die Substanz der Sache unberührt lässt und die Eintragung einer Sicherungshypothek gegen den Scheineigentümer nicht durch den guten Glauben geschützt wird[2]), so bleibt nur die Wirkung der Immobiliarversteigerung und der Mobiliarvollstreckung zu betrachten.

Die in Frage kommenden Ansprüche lassen sich in folgende Gruppen teilen:

1. Der Anspruch des Eigentümers, dessen Recht als Vermögensstück eines andern von dessen Gläubiger gepfändet wird, nach Ablieferung des Versteigerungserlöses.

2. Der Anspruch eines durch die Vollstreckung geschädigten Inhabers eines Rechts an der Sache, der kein Veräusserungsrecht hat, z. B. des Ehemanns am Eingebrachten seiner selbständig handeltreibenden Ehefrau, der den Ausschluss der Haftung des Eingebrachten für die Geschäftsschulden ins Güterrechtsregister hat eintragen lassen, wenn auf Grund eines gegen die Frau vollstreckbaren Urteils gepfändet und versteigert ist, §§ 441, 774 C.P.O.

3. Der Anspruch eines solchen Berechtigten, der selbst ein Recht auf Veräusserung oder Befriedigung aus der Sache hat, der aber die Vollstreckung nicht betreibt. Beispiele: der Vermieter, wenn ins Mobiliar des Mieters, der Verpächter oder Hypothekar, wenn in stehende Früchte vollstreckt wird; der nichtbeitretende Hypothekar bei der Versteigerung des Grundstücks, der Pfändungspfandgläubiger bei der Versteigerung in Ausführung einer Anschlusspfändung, wenn er selbst noch warten wollte.

4. Der Anspruch eines Berechtigten, der zu 3 erwähnten Art, der die Versteigerung betreibt und zwar zu 3 und 4

---

[1]) Neumann, Planck, Kuhlenbeck, Oertmann, zu § 816. Dernburg, Bürgerl. Recht § 378 Anm. 2. Otto, Sächs. Arch. IX S. 7. Anger, ibid. VII S. 689. Wolff, Der Bereicherungsanspruch des Widerspruchsberechtigten. Greifswald 1897. S. 48 Meisner, Komm. zum B.G.B. Bd. II. S. 283.

[2]) R.G. XXVI S. 103. Erst die wirksame Privatverfügung über die nicht validierende Zwangshypothek kann den Eigentümer schädigen.

a) gegen einen Perzipienten, der selbst die Versteigerung betrieben hat,

b) gegen einen Perzipienten, der an der Verteilung beteiligt ist, ohne die Versteigerung zu betreiben, z. B. den letzten zur Hebung gelangten Hypothekar u. a.

Schliesslich könnten dann noch die Ansprüche desjenigen in Betracht kommen, dessen Vermögensstücke vom Verwalter eines fremden Konkurses zur Befriedigung der Gläubiger verwandt worden sind [1]).

Wenn man von den Fällen absieht, wo jemand auf eine nichtbestehende Forderung etwas erhält, so ist die Anwendung von Bereicherungsklagen nur unter der Annahme möglich, dass derjenige bereichert ist, der auf eine Forderung aus dem Vermögen eines Nichtschuldners Befriedigung beitreibt. Diese Annahme soll im Folgenden zu grunde gelegt werden, da sie dem Standpunkt des Reichsgerichts [2]) entspricht, der von der Praxis nicht leicht verlassen werden wird.

Gleichwohl ist die Annahme einer Bereicherung dort, wo der Gläubiger nur erhält, was er zu fordern hatte, sehr bedenklich. Der Verlust der Forderung erscheint als Äquivalent für das Erlangte [3]).

Nach der Auffassung des Reichsgerichts soll die Forderung, die nach § 720 C.P.O. (819 n. F.) untergegangen ist, wieder aufleben, sobald dem Gläubiger seine Befriedigung entrissen wird [4]). Dadurch wird ja vermieden, dass der auf die Bereicherung Beklagte einen rechtlichen Verlust erleidet. Das heisst doch aber, einem Nichtbereicherten etwas geben, um

---

[1]) Seuffert, Konkursprozessrecht S. 91 § 19 bei Anm. 3.

[2]) R. G. XL S. 288, Deutsche Jur.-Ztg. 99 S. 237. Früher anders XIII S. 172.

[3]) Förster-Eccius II, § 148 Anm. 30a. Staub, Jur. Wochenschrift 88 S. 201. Voss, Arch. f. d. civ. Pr. 79 S. 295 ff. Gegen die Wendung Dernburgs, Bürgerl. Recht § 378 Anm. 2: „Der Gläubiger ist bereichert, weil er einen Anspruch, aus dem Vermögen des Dritten befriedigt zu werden, nicht hatte. Der Schuldner bleibt verpflichtet, weil die Befriedigung keine endgültige war“ l. 44 Dig. XII 6 und § 180 I 16 A. L. R. Die beigetriebene Zahlung ist der freiwillig geleisteten gleichzustellen; Mot. II. 848.

[4]) Bei der Gruppe, oben zu 1, bei den andern Gruppen liegen die Fragen ähnlich, aber nicht gleich. Rehbein, Entsch. d. Obertrib. II Nr. 243 [3].

Grund zu der Bereicherungsklage zu haben, die man zu begründen wünscht. Giebt man die Klage nicht, so ist auch eine Bereicherung nicht zu finden. Vom Standpunkt des Reichsgerichts müsste wenigstens der Untergang der Forderung überhaupt geleugnet werden. Man müsste die aus der unwirksamen[1]) Pfändung der fremden Sache gezogene Zahlung nicht als Tilgung der Schuld gemäss § 819 C.P.O. ansehen. Dann müsste man aber auch dem Gläubiger das Recht zubilligen, gegen den Schuldner vorzugehen, sobald er merkt, dass er thatsächlich nicht befriedigt ist. Das Wiederaufleben der untergegangenen Forderung ist eine sehr gewagte Konstruktion, die bei der datio in solutum (§ 243 I 16 A.L.R.) und in der Entwehrungslehre verlassen worden ist[2]).

Der Gläubiger giebt bei der Vollstreckung Schuldtitel, Schuldurkunde und Wechsel hin und erteilt Quittung[3]). Es ist zu hart, ihn wieder auf die bereits getilgte Forderung zu verweisen, die nur mit Schwierigkeit, grossem Zeit- und Kostenaufwand zu verwirklichen ist, wenn nicht der Schuldner inzwischen in Konkurs verfallen ist; um so härter, da der Gläubiger gar nichts thun kann, bis ihm seine Befriedigung entwehrt ist, während der geschädigte Dritte immer seinen Schaden durch rechtzeitige Intervention verhüten kann. Das Wohlwollen, das dem Intervenienten entgegengebracht wird, erscheint daher zu weitgehend. Dem Gläubiger, der gutgläubig vollstreckt, darf nicht jeder Schutz versagt werden.

Es ist nicht zuzugeben, dass diese Bedenken fürs neue Recht beseitigt seien[4]), weil § 816 die Herausgabe „des durch die Verfügung Erlangten“ vorschreibe. Wenn selbst § 816 anzuwenden wäre, so ist doch danach „das Erlangte“ nur nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zu erstatten.

Kann man nun — das Vorhandensein einer Bereicherung

---

[1]) R.G. XXVI S. 103. Anderer Meinung Stauh, Jur. Wochenschr. 88 S. 201. Wer die fremde Sache pfänden lässt, hat ein Scheinpfandrecht, das nur formell besteht, wie aus einer ungültigen eingetragenen Hypothek.

[2]) Dernburg, Pand. II § 58 Anm. 5 und § 99 Anm. 2. Cosack, Bürgerl. Recht I § 109. Vgl. allerdings auch § 39 K.O.

[3]) Voss, Arch. f. d. civ. Pr. 79.

[4]) Meisner zu § 816. Vgl. dagegen unten § 12.

mit dem Reichsgericht voraussetzend — aus § 816 Ansprüche gegen den Gläubiger herleiten?

Da scheiden zunächst die Ansprüche der Gruppen zu 3b und 4a und b aus. Ein Hypothekar, der dem Vollstreckungsverfahren nicht beigetreten ist, kann, wenn ein anderer Hypothekar ihn mit der Behauptung in Anspruch nimmt, dass er zu Unrecht etwas erhalten habe, nicht nach § 816 haften. Denn eine Verfügung oder etwas ähnliches liegt nicht vor. § 816 ist auch bei Verteilungen unanwendbar, wo der Kläger selbst mit oder allein die Versteigerung betrieben hat.

Bei den Gruppen zu 1, 2 und 3a wäre die Anwendung von § 816 möglich, weil hier einem Berechtigten der Gegenstand seines Rechtes dadurch dauernd entzogen wird, dass ein anderer zu seiner Befriedigung die Versteigerung bewirkt[1]).

Die Ablehnung der Anwendung des § 816 ergiebt sich jedoch daraus, dass man in der Zwangsversteigerung kein Privatrechtsgeschäft zu sehen hat, das man als Verfügung auffassen könnte. Wie bei der Enteignung liegt im Zuschlage eines Grundstücks ein Eigentum übertragender Akt der Staatsgewalt vor. Eine Gleichstellung mit Verfügungen des Gläubigers scheint darum ausgeschlossen, weil auch dort, wo die Verwertung durch den Gerichtsvollzieher oder Konkursverwalter erfolgt, diese Personen kraft gesetzlicher Befugnis veräussern, nicht als Vertreter der Gläubiger, denen ja das Pfändungspfandrecht ebensowenig eine eigene Veräusserungsbefugnis gewährt wie die Hypothek dem Hypothekar.

Während sich die Praxis an die Konstruktion des A.L.R. (§§ 340, 362 I 11) gebunden fühlte[2]) und die Versteigerung als Verkauf durch Gläubiger oder Schuldner ansah, scheint jetzt die publizistische Auffassung[3]) wie bei der Enteignung zum Siege

---

[1]) Aus welchem Grunde der Berechtigte unberücksichtigt bleibt, kann hier dahingestellt bleiben.

[2]) Küntzel bei Gruchot 28 S. 285. Rassow ebenda Bd. 35 S. 359. Gruchot Bd. 11 S. 163. Striethorst 78 S. 17, 73 S. 257. R.G. VII S. 271, XIX S. 325. Gruchot Bd. 24 S. 770, Bd. 42 S. 1076. Riehl in Busch's Zeitschrift f. Civ.-Proz. XVII S. 33.

[3]) Krech u. Fischer (III. Aufl.) § 7 S. 24 ff. Dernburg, Pfandrecht II §§ 119, 120 S. 251, 260. Stobbe, Deutsches Privat-Recht II § 92 (2. Aufl.).

zu gelangen. Für die Zwangsversteigerung von Grundstücken haben jetzt Anhänger der Verkaufstheorie trotz des Sprachgebrauchs in den §§ 156, 456 ff., 461, 512 B.G.B. ihre Meinung geändert, nachdem im Gesetz vom 24. März 1897 alles beseitigt worden ist, was an die Verkaufskonstruktion erinnern könnte [1]).

Bei der Mobiliarvollstreckung kann nichts anderes gelten. Gleichwohl bleibt hier die herrschende Meinung noch bei der Auffassung, dass der Gerichtsvollzieher trotz seiner Beamtenstellung mit dem Pfändungspfandrecht für den Gläubiger Besitz erwirbt und das Pfand als sein Vertreter verkauft [2]).

Geht man auf dem Wege weiter, den die Verfasser der Civilprozessordnung einschlugen, als sie das neugeschaffene Pfändungspfandrecht im Verhältnis zu andern Gläubigern dem vertragsmässigen Faustpfandrecht gleichstellten [3]), so verliert man die Verschiedenheiten über den Ähnlichkeiten aus den Augen. Nach § 808 C.P.O. hat der Pfändungspfandgläubiger am gepfändeten Gegenstand, über den er keinerlei Verfügungsmacht hat, auch keinen Besitz im Sinne des B.G.B. Ebenso fehlt ihm das Veräusserungsrecht des Vertragspfandgläubigers [4]). Seine Stellung gleicht insofern der des Hypothekars, der auch kein

---

Windscheid, Pand. I § 233. Förster-Eccius II § 130. Wetzell, System des Civilprozesses. 1878. S. 639 § 50 Anm. 31. Voss bei Gruchot XXIII S. 242. Nessel ibid. XXVIII S. 43. Rudolph bei Ihering Jahrb. Bd. XX S. 382. Planck, Lehrbuch des Civilprozessrechts II, S. 742 § 184 Anm. 15. Seuffert Arch. Bd. 24 Nr. 214, Bd. 31 Nr. 193 u. v. a.

[1]) Jäckel zu § 90 Zw.-G. Dr. J. Freund, Die Zwangsvollstreckung in Grundstücke. Breslau 1901. Vorbem. zu § 18.

[2]) Die Kommentare von v. Wilmowski und Levy zu § 718 a. F. Foerster zu § 716 a. F. Anm. 2. Seuffert zu § 716 a. F. Struckmann und Koch zu § 814 n. F. Petersen zu §§ 753 ff. n. F. (ähnlich). Wach, Handbuch des Civilprozessrechts I, S. 322 § 25 Anm. 28. Mandry-Geib, Civilrechtlicher Inhalt, § 35 Anm. 18. Jastrow, Arch. f. civ. Pr. 68 S. 365 ff. Dunkhase ibid. 77 S. 100. Hahn bei Gruchot Bd. 31 S. 333. v. Welck bei Gruchot 36 S. 497 mit weiterer Literatur.

[3]) Mot. z. C P.O. Hahn I, S. 449/50, 825 ff.

[4]) Nur der Gerichtsvollzieher, nicht der Pfändungspfandgläubiger ist bei Nichtbeachtung der für den öffentlichen Verkauf geltenden Vorschriften schadensersatzpflichtig. Cosack, Bürgerl. Recht II § 245, IV; § 98 Pr. Gesch.-Anw. f. Ger.-Vollz. v. 1. XII. 99.

„Verkaufsrecht“, sondern nur ein „Recht auf Befriedigung aus dem Pfande hat“ [1]).

Will man also auch in der Mobiliarversteigerung eine Verfügung oder doch eine gleichzustellende Rechtshandlung sehen, so darf man gleichwohl für die Handlung des Gerichtsvollziehers nicht den Gläubiger haften lassen. Die Vertreterstellung des Gerichtsvollziehers ist nicht weiter auszudehnen als gesetzlich vorgeschrieben ist, auf die Zahlungsaufforderung und Empfangnahme, nicht auch auf die Beitreibung [2]). Massgebend ist hier besonders die ständige Praxis des Reichsgerichts, wonach der Zwangsverwalter und der Konkursverwalter selbständige Stellungen haben, nicht blosse Vertreter sind [3]). Bei der Verwertung der Pfandgegenstände handelt der Gerichtsvollzieher lediglich als Vollstreckungsbeamter. Augenfällig wird dies z. B. bei der Anschlusspfändung, wo es auch gegen den Willen des ersten Gläubigers zur Versteigerung und Verteilung des Erlöses kommen kann. Dass der Vollstreckungsbeamte nicht mit allen seinen Vollstreckungshandlungen zugleich Vertreter des Gläubigers ist, stimmt zu der angedeuteten Auffassung vom Pfändungspfandrecht.

Die Praxis wird also die Gleichstellung der Akte der Zwangsvollstreckung mit Verfügungen des Gläubigers nicht wagen können. Dieses Ergebnis folgt auch aus der Gleichstellung der Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen, mit denen des Konkursverwalters an vielen Stellen des B.G.B.; denn die Verfügungen des Konkursverwalters können nie als Verfügungen der Gläubiger konstruiert werden.

Das negative Ergebnis ist abhängig von der zu den berührten Grundfragen des Vollstreckungsrechts eingenommenen Stellung. Eine abweichende Auffassung wird auch für § 816

---

[1]) Nessel, Das Pfändungsrecht und der Interventionsprozess. Berlin 1897. Krech u. Fischer, Komm. z. § 143 Nr. 6 (a. G.). Rehbein, Entsch. des Obertrib. I S. 675. Hachenburg, Vorträge S. 142. Vgl. z. B. § 1003 B.G.B., § 371 H.G.B. Vgl. auch Strohal, Iherings Jahrb. 38 S. 15 ff.

[2]) R.G. IX S. 361, XVI S. 396. Dazu Foerster-Eccius II § 141 Anm. 17.

[3]) R.G. XXIV S. 302, XLIV S. 310, XXIX S. 29. Sarvey-Bossert, Komm. z. K.O. § 6 n. F. Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe I, S. 112, 314. Fischer, Lehrbuch des Pr. Priv.-Rechts, § 136 bei Anm. 6. Krech u. Fischer, § 7 Einleit. zum Komm. Foerster-Eccius I, § 116 Anm. 26.

ein andres Ergebnis haben. Die herrschende Meinung dürfte aber wesentlich durch den allgemein aufgenommenen, für die Gesetzesauslegung bedeutsamen Satz sich bestimmen lassen, dass im Sprachgebrauche des B.G.B. den rechtsgeschäftlichen Verfügungen die Verfügungen gleichstehen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen.

Dieser formelhafte Satz kehrt allerdings in den §§ 135, 161, 184, 353, 499, 883, 2115 B.G.B. wieder. Wie so häufig läge auch hier der Zweifel nahe, ob man jene Bestimmungen analog anwenden oder argumenta a contrario darauf stützen solle, wenn nicht die Motive I S. 128 diese Auffassung ausdrücklich ausschlössen. Es sollten nur Beispiele gegeben werden. Es heisst dort:

„Den Verfügungen und insbesondere den Veräusserungen, welche der Beteiligte selbst vornimmt, stehen diejenigen gleich, welche wie bei der Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung aus seinem Rechte erfolgen. Wenn dies in einzelnen Fällen im Interesse der Deutlichkeit besonders hervorgehoben ist, so darf daraus für andere Fälle kein gegenteiliger Schluss gezogen werden. Die Gleichstellung bringt indessen noch nicht mit sich, dass derjenige, gegen welchen die Veräusserung im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt wird, als Veräusserer zu behandeln ist“.

Die genaue Prüfung der bezeichneten Gesetzesstellen ergiebt nun, dass das Gesetz ebenso wie die Motive nur eine Gleichstellung mit rechtsgeschäftlichen Verfügungen des Schuldners vorschreibt. Sehr klar kommt diese Auffassung in den Protokollen S. 6790 zum Ausdruck. Die Verfügung, die im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Vorerben erfolgt, wird nur als Verfügung des Vorerben, also des Schuldners gewürdigt. Auf die Gleichstellung der Verfügungen des Konkursverwalters mit Verfügungen des Gemeinschuldners weist § 46 K.O. sehr deutlich hin.

Diesen Gedanken wird man auch auf § 816, ebenso wie auf § 185 B.G.B. ausdehnen können[1]). Zu einer Gleichstellung mit Verfügungen des Gläubigers bietet das Gesetz keine Handhabe.

[1]) Protok. III S. 78 stehen dem nicht entgegen. Zu § 185 folgendes Beispiel: A verkauft dem B zur Sicherheit ein Billard auf Rückkauf. Das

Wenn man nun auch aus § 816 nur einen Anspruch gegen den Schuldner und Gemeinschuldner herleiten kann, so soll damit nicht gesagt sein, dass die behandelten Bereicherungsklagen gegen den Gläubiger nach B.G.B. unbegründet sein müssten. Es könnte aber nicht § 816, sondern nur § 812 in Frage kommen, dessen allgemeine Fassung ihn vielleicht zu der Rolle befähigt, die § 262 I 13 A.L.R. durch die Praxis erhalten hat[1][2]). Gläubiger und Schuldner gleichzeitig als bereichert anzusehen, ist, wenn man dem Reichsgerichte folgt, kein Widerspruch. Die gegen diese Praxis geltend gemachten Bedenken, die man durch die Anwendung von § 816 beseitigt glaubte, behalten aber auch fürs neue Recht ihre Bedeutung.

§ 9.

β) Die Wirksamkeit der Verfügung des Nichtberechtigten.

Da die Verfügungsmacht die wichtigste Äusserung des subjektiven Rechtes ist, so beeinflusst in der Regel die Verfügung des Nichtberechtigten ein Recht gar nicht. Eine Bereicherungsklage wird erst dann möglich und nötig, wenn eine solche Verfügung in besonderen Fällen eine Schädigung des Berechtigten, eine Bereicherung des Nichtberechtigten herbeiführt. § 816 giebt die Klage wenn dies geschieht, nämlich dann „wenn die Verfügung des Nichtberechtigten dem Berechtigten gegenüber wirk-

Billard wird bei A von C gepfändet. B interveniert. Da erwirbt A das Eigentum zurück. Damit dürfte die Pfändung nach § 185 konvalescieren.

[1]) Obertrib. Entsch. Bd. 6 S. 403, 79 S. 156, 69 S. 69. Striethorst Arch. 98 S. 1, Bd. 89 S. 195. R.G. VI 312, VIII S. 204, XVII S. 182, XXIII S. 61, XL S. 288, XLIII S. 178. Gruchot XXV S. 1014, XXX S. 905, XXXIV S. 984. Rehbein II S. 641.

[2]) Über die Bereicherungsklagen nach Unterlassung der Intervention: vgl. die Kommentare zu § 690 C.P.O. a. F. und ausser den Citierten bes. Landsberger, Die Sachen Dritter und ihr Schutz gegen unrechtmässige Zwangsvollstreckung. Göttingen 1892. Falkmann, Zeitschrift f. d. Civ.-Proz. XIV S. 515. Nessel bei Gruchot Bd. 28 S. 89. Wolff, Bereicherungsanspruch des Widerspruchsberechtigten. Greifswald 1897. Jacobi, Über die Ersatzpflicht des Gläubigers aus unrechtmässiger Mobiliar-Zwangsvollstreckung. Festgabe für Gneist. Berlin 1888. Koffka, Magazin f. d. deutsch. Recht der Gegenwart Bd. 8 S. 161. v. Schrutka-Rechtenstamm, Zeitschrift f. d. Civ.-Proz. 18 S. 68 f.

sam ist". Damit sollten, wie die Entstehungsgeschichte der Vorschrift zeigt, hauptsächlich die dem römischen Rechte fremden Fälle des gutgläubigen Rechtserwerbs vom Nichtberechtigten getroffen werden [1]).

Der historische Zusammenhang des § 816 mit l. 49 Dig. III 5 nötigt zu einer ausdehnenden Auslegung. Hat man doch auch im bisherigen Recht den Rechtsverlust, der nach Art. 306 H.G.B. a. F. eintrat, durch die Klage aus l. 49 Dig. III 5 ausgeglichen [2]). Es scheint dementsprechend notwendig, alle Fälle unter § 816 unterzuordnen, die im gemeinen Recht unter l. 49 Dig. III 5 fielen [3]). Bei dem weitgehenden Schutz des gutgläubigen Erwerbs ist allerdings die Bedeutung der weiteren Fälle geringer.

Ausser durch gutgläubigen Erwerb kann ein Rechtsverlust des Berechtigten und eine Bereicherung des Verfügenden entstehen:

1. durch Genehmigung der Verfügung,
2. durch unfreiwilligen Eigentumsverlust nach der Verfügung, durch Untergang oder Ersitzung, Verarbeitung oder Verbindung [4]).

1. Die notwendige Folgerung Iherings aus seiner Stellungnahme zu l. 23 XII 1 und l. 49 III 5 war die Subsidiarität der Bereicherungsklage gegenüber der R.V. Wie Ihering [5]) ausführt, kann dem in den Quellen immer betonten Erfordernis des Untergangs der Eigentumsklage gegen den Dritten eine zwiefache Bedeutung beigemessen werden. Man kann sagen: Vor Unter-

---

[1]) Hachenburg, Vorträge 2. Aufl. S. 174. Neumann zu § 816. Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch I § 354. Dernburg, Bürgerl. Recht II § 378. Turnau-Foerster, Liegenschaftsrecht S. 205. Vielfach Zusammenstellungen der mannigfachen Anwendungsfälle.

[2]) Windscheid II § 421 Anm. 17. R.G. Bd. 25 S. 130 ff.

[3]) Anders S. 4229 Lith. Protokolle.

[4]) Die Genehmigung ist nur bei wirklicher Ausübung fremder Rechte möglich, die übrigen Fälle nur bei Veräusserung von Sachen. Zur Erörterung, ob diesen Fällen auch der gleich steht, wenn der Erwerber der Sache bösgläubig ist, also keinen Eviktionsregress hat, so dass der Verfügende bereichert ist, liegt kein Grund vor; denn die Bereicherung erfolgt nicht auf Kosten des Eigentümers. Anders Donellus tom. X comm. ad. l. 23 de reb. cred. Nr. 6.

[5]) Abhandlungen S. 83.

gang der r. v. liegt überhaupt noch kein Verlust des Eigentümers vor, wegen dessen er eine Bereicherungsklage erheben könnte. Hätte das Erfordernis nur diese Bedeutung, so müsste man die Bereicherungsklage auch dann geben, wenn der Eigentümer auf die r. v. verzichtete, d. h. mit andern Worten: man müsste dem Eigentümer die Wahl geben, ob er die Sache vindicieren oder die Bereicherungsklage gegen den früheren Besitzer anstrengen will. Da Ihering dies als praktisch unhaltbar und nicht quellenmässig verwirft, so kommt er zum Resultate, dass das Erfordernis des Untergangs der Eigentumsklage die strenge Subsidiarität der condictio zum Ausdrucke bringen sollte. Dass die Juristen die Subsidiarität betont hätten und nicht in der angedeuteten Richtung hätten eine Erweiterung eintreten lassen, ist für Ihering [1]) ein Beweis für die Richtigkeit der Auffassung der condictio gegen den gutgläubigen Veräusserer als einer einschränkend auszulegenden Singularität. Dadurch unterscheide sich die condictio so wesentlich von der neg. gest. actio, dass die letztere auch vor Untergang der Eigentumsklage möglich sei.

Dabei macht aber die Frage unlösbare Schwierigkeiten, was für Folgen eintreten sollen, wenn der Eigentümer genehmigt, um sich den Erfolg der Verfügung des Nichtberechtigten anzueignen. Die Bedeutung des Genehmigungsaktes dem Dritten gegenüber ist zu prüfen, die Genehmigung als Einwilligung in fremde Rechtsgeschäfte, nicht als Genehmigung fremder Geschäftsführung, als nachträgliche Vollmacht, nicht als nachträgliches Mandat [2]).

Wie zahlreiche Stellen zeigen, äussert im römischen und gemeinen Rechte diese Einwilligung ganz allgemein in dinglicher Beziehung die Wirkung, dass der unwirksame Rechtsakt zu Kraft kommt. Die Möglichkeit, fremde Verfügungen über die eigene Rechtssphäre zu genehmigen, kann dem Berechtigten regelmässig nicht beschränkt werden. Dies wäre ja eine ungerechtfertigte Beschränkung seiner Herrschaft über die Sache.

---

[1]) Iherings Jahrb. XVI Nr. VII S. 304 ff. Vgl. auch Jacobi, Berl. Festgabe f. Gneist. 1888. S. 146.

[2]) l. 12 § 4 Dig. XXXXVI, 3. v. Monroy S. 69, 86, 100. Hellwig S. 63 f. Seuffert, Die Ratihabition der Rechtsgeschäfte S. 110. Windscheid I § 81 Anm. 5 ff.

Diese Genehmigung, deren Wirksamkeit in dinglicher Hinsicht nicht zu beschränken ist, kann im inneren Verhältnis zum Urheber der Verfügung verschiedene Rechtsgründe haben. Der Eigentümer kann genehmigen mit dem das innere Verhältnis charakterisierenden animus, die Geschäfte des gutgläubigen Besitzers, der verfügt hat, zu besorgen, und ihn vor dem Eviktionsregress des Käufers zu schützen[1]. Die Genehmigung kann auch in Folge eines Kaufs oder als Schenkung erfolgen. Liegt aber ein solches Kausalgeschäft nicht vor, sondern nur die Absicht, sich die Folgen der genehmigten Verfügung anzueignen und den Urheber der Verfügung in Anspruch zu nehmen, so versagt Zimmermann (S. 55 f.) der Genehmigung jede Wirkung; die beabsichtigte Wirkung trete nicht ein, weil dies dem streng subsidiären Charakter der condictio und ihrer Beschränkung auf unfreiwilligen Rechtsverlust widerspreche; dann dürfe man aber auch die dingliche Wirkung der Einwilligung hier nicht eintreten lassen.

Der Eigentümer soll also, damit die Subsidiarität der Kondiktion gewahrt bleibt, gezwungen sein, sich seine Sache wiederzuholen, auch wenn ihm daran gar nichts liegt, wenn ihm ihre günstige Verwertung durch den gutgläubigen Besitzer höchst erwünscht ist.

Windscheid, dessen ganze Stellung ihn dahin führt, zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Eigentumsverluste keine Unterscheidung zu machen, kommt bei vorsichtiger Betrachtung des Quellenmaterials[2] zu keinem reinen Resultate. l. 12 § 1 Dig.

---

[1] Dernburg, Pand. I. § 282 Anm. 7.

[2] c. 3 Cod. de rei vindicatione III, 32: Imp. Alexander A. Domninae. Mater tua vel maritus fundum tuum invita vel ignorante te vendere iure non potuit, sed rem tuam a possessore vindicare etiam non oblato pretio poteris. sin autem postea de ea venditione consensisti vel alio modo proprietatem eius amisisti, adversus emptorem quidem nullam habes actionem, adversus venditricem vero de pretio negotiorum gestorum exercere non prohiberis. PP. III k. Nov. Alexandro A. cons. Dazu Ihering, Abh. S. 84. Zimmermann S. 24, 46. Monroy S. 12, 100. Hellwig S. 31. Hier spricht das Erfordernis des Eigentumsverlustes gegen bösen Glauben oder Geschäftsführungsabsicht der Veräusserer. l. 12 Dig. de distractione pignorum XX, 5: Tryphoninus libro octavo disputationum § 1. Si aliena res pignori data fuerit et creditor eam vendiderit, videamus, an pretium

XX 5 und cap. 3 Cod. de R.V. III 32 beweisen für die Genehmigung als Grundlage der Bereicherungsklage nur, wenn man sie nicht vom bösgläubigen Besitzer versteht, der als negotiorum gestor haftet. Dies in die Stellen hinein zu tragen liegt aber kein Anlass vor. In cap. 3 Cod. ist grade der Eigentumsverlust durch consensus hervorgehoben und den andern Eigentumsverlustgründen an die Seite gestellt.

Folgender Satz ist Windscheid nicht als unrichtig abzustreiten: Wenn man dem gutgläubigen Besitzer durch Versagung der Genehmigungsmöglichkeit und der aus der Genehmigung folgenden Bereicherungsklage mehr Nachsicht erweisen will, als dem bösgläubigen, der auf Herausgabe seines Vorteils haftet, so wird dieses Ziel nicht erreicht. Verweist man den Eigentümer auf die R.V., so schützt man den gutgläubigen Veräusserer nicht, da er der Eviktionsklage seines Käufers unterliegt. Ein Billigkeitsgrund, die auf Genehmigung gegründete Bereicherungsklage gegen den gutgläubigen Veräusserer zu versagen, liegt also nicht vor.

Schliesst man sich Windscheid in Ausdehnung der Klage gegen den titulierten Besitzer, der veräussert hat, an, — und das hat die Gesetzgebungskommission auch gethan — so gewinnen die Stellen l. 12 § 1 Dig. XX 5 und c. 3 Cod. III 32 an Beweiskraft dafür, dass schon nach röm. Recht Genehmigung der Veräusserung und Verzicht auf die R.V. als Eigentumsverlustgründe ausreichten, um die Bereicherungsklage l. 23 D. XII 1 herbeizuführen [1]).

---

quod percepit creditor liberet debitorem personali actione pecuniae creditae. quod vere responderetur, si ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur. quia ex contractu et qualiquali obligatione a debitore interposita, certe ex occasione eius redactum id pretium aequius proficeret debitori, quam creditoris lucro cederet. sed quantum quidem ad creditorem debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena iactura sibi lucrum adquirat. — — Dazu Windscheid, Progr. S. 7 ff. Zimmermann S. 51 ff. Dernburg, Pand. I § 282 Anm. 7. Witte S. 330. Hellwig S. 36.

[1]) Wie Windscheid Hellwig § 14. v. Monroy S. 98 f. Cf. auch Donellus, Tom. X comm. ad. l. 23 XII 1 Nr. 5 zu c. 3 Cod. III 32. Der Schluss, den Hellwig, Arch. f. d. civ. Pr. 68 S. 232 unter Anwendung von l. 25 § 17 und l. 20 § 20 Dig. V 3 macht, scheint unzulässig, da ja die

Für das neue bürgerliche Recht ist dieses von Ihering bekämpfte Resultat kaum zweifelhaft[1]). Entscheidend ist § 185 B.G.B. Dort sind Fälle behandelt, in denen die Verfügung eines Nichtberechtigten über fremde Rechte wirksam wird. Neben der Einwilligung des Berechtigten steht seine Genehmigung oben an[2])[3]). Der Wortlaut des Gesetzes ist unzweifelhaft. Die Verfügung „ist wirksam", folglich kommt § 816 zur Anwendung. Dies ist auch sachlich durchaus gerechtfertigt. Die Genehmigung lässt die Verfügung dinglich wirksam werden. Liegt der Genehmigung keine andre causa (Kauf, Schenkung, Geschäftsführung) zu grunde, so stellt § 816 den Ausgleich her.

Die Subsidiarität der Bereicherungsklage ist ja gar nicht in voller Strenge durchzuführen. Auch Ihering hatte sich genötigt gesehen, dem Untergang der Sache ihre Unauffindbarkeit gleichzustellen (Abhandl. S. 83 f.). Ebenso setzte § 28 I 15 A.L.R. keineswegs den Untergang des Eigentums des Klägers voraus[4]). Wenn das preussische Recht hier strenge Subsidiarität vorschrieb, so war dies wohl blos möglich, weil man sich mit der Geschäftsführungs- und Verwendungsklage half.

§ 816 enthält keinen Hinweis auf die Subsidiarität der Bereicherungsklage. Im Gegenteil daraus, dass § 816 den gut-

---

Auffassung des possessoris hereditatis als negotiorum gestoris kaum Widerspruch begegnet. Koeppen, Römisches Erbrecht § 51 S. 332 Anm.

[1]) Anders Mot. V S. 583, aber auch Prot. V, 712. Die Motive kannten das allgem. Prinzip der Konvalescenz noch nicht.

Folgendes Beispiel: A und B sind Erben ihres Vaters C. Dieser ist als Eigentümer eines Hauses eingetragen, dessen Wert auf 200000 Mark geschätzt wird. A verkauft seinen Erbschaftsanteil an B für 100000 Mark. Nach zwei Jahren ist das Haus 300000 Mark wert. B verkauft es an D für den enormen Preis von 400000 Mark. Er erteilt, ohne selbst eingetragen zu sein, die Auflassung auf Grund des auf A und B lautenden Erbscheins und des notariellen Erbschaftskaufvertrags. A wird entmündigt. Sein Vormund der nachweisen kann, dass A schon beim Verkauf des Erbteils geschäftsunfähig war, kann unter Genehmigung der Auflassung von B 100000 Mark verlangen, obwohl der Erwerber D durch den guten Glauben nicht geschützt wird.

[2]) Über Genehmigung zu Verfügungen fremder Personen über Rechte des Genehmigenden. Leonhard, Allgem. Teil S. 342 § 81 VI. Aber auch Hölder zu § 185.

[3]) In den anderen Fällen der Konvalescenz ist kein Raum für eine Bereicherungsklage.

[4]) Vgl. oben S. 7.

gläubigen und den schlechtgläubigen Urheber der Verfügung gleich behandelt, ist zu entnehmen, dass der Anspruch gegen den Gutgläubigen ebensowenig subsidiär sein sollte, wie dies der Anspruch gegen den Bösgläubigen ist[1]).

Dazu steht § 687 B.G.B. nicht im Widerspruche. Dort wird nur die Geschäftsführungsklage aus der sogen. unechten negotiorum gestio versagt. Diese Klage kann sich der Berechtigte durch seine Genehmigung nicht verschaffen. Doch beweist das nichts gegen die Bereicherungsklage. Wenn man auch den gutgläubigen („unechten") negotiorum gestor des § 687 vor der Geschäftsführungsklage schützt, so ist doch kein Grund, ihm seine — ungerechtfertigte — Bereicherung zu lassen[2]). Dass die Bereicherungsklage bestimmt ist, die Vermögensverschiebung zwischen dem Berechtigten und dem unechten Geschäftsführer auszugleichen, wird von den Motiven S. 870 anerkannt. Da ist es doch am natürlichsten § 816 anzuwenden. Es erscheint nach dem Gesetzeswortlaut und geschichtlich unbegründet zu unterscheiden, ob die Verfügung des Nichtberechtigten dem Eigentümer gegenüber „an und für sich" wirksam war, oder ob diese Verfügung an sich noch nicht das Recht des Eigentümers zerstörte, sondern dies erst durch Ereignisse geschah, die zeitlich jener Verfügung folgten[3]).

Man darf die Bedeutung der Bereicherungsklage im Falle des § 185 nicht um deswillen leugnen oder gering anschlagen[4]), weil in erster Reihe das besondere Verhältnis des Genehmigenden zum Urheber der Verfügung massgebend ist. Häufig genug wird dieses Verhältnis nicht aufgedeckt werden, weil § 816 bequemer zum Ziele führt.

Der Berechtigte hat also nach § 816 die Wahl, ob er sein Recht gegen den Dritten geltend machen oder die Verfügung genehmigen und ihren Urheber in Anspruch nehmen will.

§ 46 K.O. n. F. der in der Form des § 38 a. F. in manchen Beziehungen Vorläufer des § 816 war, hat gezeigt, dass sogar

[1]) Vgl. oben § 5.
[2]) Windscheid, Progr. S. 10f.
[3]) Stieve S. 13. Ähnlich Hachenburg S. 191.
[4]) Neumann zu § 816. Kipp bei Windscheid 8. Aufl. 1900. Bd. II Zusatz zu § 422. Schollmeyer, Schuldverhältnisse S. 106.

ein Nebeneinanderbestehen von Eigentums- und Bereicherungsanspruch keine erheblichen Unzuträglichkeiten herbeiführt[1]); und nach § 816 setzt ja, anders als in § 46 K.O., der obligatorische Anspruch die Genehmigung und damit den Untergang des Eigentums voraus. Einer besonderen Form bedarf die Genehmigung nicht; nur den Erfordernissen des empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts muss genügt werden[2]). Häufig wird daher erst die Klageschrift selbst die Genehmigung enthalten. Während nun nach § 38 K.O. a. F. die Anmeldung des Aussonderungsanspruchs, die nicht notwendig eine stillschweigende Genehmigung darzustellen braucht[3]), dem Berechtigten in diesem Falle die Möglichkeit nicht nahm, nachträglich noch gegen den Dritten mit dem Eigentumsanspruch vorzugehen, ist dies ausgeschlossen, wenn jemand mit dem Bereicherungsanspruche aus § 816 durchgedrungen ist. Nach der Genehmigung kann nicht mehr auf das untergegangene dingliche Recht zurückgegriffen werden[4]).

2. Tritt die Bereicherung nach der Verfügung durch unfreiwilligen Rechtsverlust ein, so ist die Anwendung von § 816 zweifelhafter, da allerdings in der I. Kommission[5]) die Meinung ausgesprochen wurde, dass die Klage gegen den Veräusserer nach Sachuntergang oder Ersitzung beim Erwerber nicht Platz greifen sollte. „Der den Eigentümer treffende Nachteil sei nicht durch eine Handlung des Gewinnenden zu dessen eigenem Vorteile herbeigeführt, wie in den Fällen des Erwerbs in gutem Glauben. Die Gefahr der Ersitzung und des Untergangs der Sache treffe den Eigentümer und es liege in der Nebenwirkung dieser Vorgänge kein Grund, den Veräusserer zur Herausgabe des Vorteils zu verpflichten[6]).

[1]) Hellwig, Arch. f. d. civ. Pr. 68 S. 231 (Kollusionsgefahr).

[2]) Eventuell Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

[3]) Wolff zu § 46 K.O. n. F. Dagegen v. Sarwey-Bossert zu § 46. Seuffert, Konkursprozessrecht § 16 S. 99.

[4]) Die Ausführungen bei Planck, Vorbem. z. 24. Titel, V Abs. 2, dürften nicht zutreffen.

[5]) Lith. Prot. S. 4229.

[6]) Krüger, Arch. f. d. civ. Pr. 63 hatte grade darin einen wesentlichen Unterschied zwischen Sachuntergang und Ersitzung gesehen, dass die Ersitzung auch ohne die Veräusserung vollendet worden wäre. Ihm war leicht entgegen zu halten, dass diese Anlehnung an die Eigentumsklage den Quellen

Diese Meinung würde für das gemeine und das preussische Recht eine wesentliche Rechtsänderung bedeuten. Gerade die Fälle, die die historischen Ausgangspunkte der Klage des § 816 bilden, Sachuntergang und Ersitzung[1]), würden von § 816 ausgeschlossen sein. Der Wille zu einer solchen Rechtsänderung ist nicht hinreichend im Gesetze zum Ausdrucke gekommen. Auch die I. Kommission erkennt an, dass der Veräusserer nach Befreiung vom Eviktionsregresse bereichert ist. Dass Sachuntergang und Ersitzung Ereignisse seien, deren Folgen der Eigentümer zu tragen habe, ist nicht schlechthin zuzugeben. Man darf doch nicht ohne weiteres annehmen, dass diese Ereignisse auch ohne das Dazwischentreten der Veräusserung eingetreten sein würden. Höchstens könnte man dem Bereicherungsbeklagten diesen Nachweis zur Abwendung der Haftung überlassen. Dass der äussere Vermögensübergang sich nicht direkt aus dem Vermögen des Berechtigten vollzieht, kann die Bereicherungsklage im Falle des Sachuntergangs oder der Ersitzung ebensowenig ausschliessen, wie beim gutgläubigen Erwerb. Dass es sich um Ereignisse handelt, die der Verfügung nachfolgen, kann ebensowenig ins Gewicht fallen, wie bei der nachfolgenden Genehmigung. Die Ersitzung dient auch lediglich dem Schutze des guten Glaubens und der Verkehrssicherheit. Darum wird sie vielfach auch in den Materialien (vgl. den Johowschen Entwurf oben S. 10) dem Rechtserwerb nach dem Satze „Hand wahre Hand" an die Seite gestellt. Es scheint in der That für Anwendung von § 816 unerheblich, ob der Rechtsverlust bereits mit der Verfügung oder später durch Ersitzung eintritt. Der Wortlaut des Gesetzes fügt sich gleichfalls dieser Auslegung: Die Verfügung des Nichtberechtigten wird auch hier wirksam, in dem weitern Sinne, den das Wort „wirksam" im B.G.B. hat[2]); sie erreicht den beabsichtigten Erfolg.

Weitere Bedenken stellen sich beim Rechtsverlust durch Verbindung und Verarbeitung ein. Hier ist noch zu erwägen, ob nicht der obligatorische Anspruch des Eigentümers aus § 951

fremd ist, da sie nach Untergang der Sache die condictio geben, ohne Rücksicht darauf, ob die Ersitzung etwa inzwischen vollendet gewesen wäre.

[1]) l. 1 Cod. IV 51. l. 1 Cod. IV 52. l. 3 Cod. III 32.

[2]) Hachenburg S. 133. Mot. I 216.

die Anwendung von § 816 B.G.B. unmöglich macht; denn der Eigentümer hat ja für sein Eigentum einen obligatorischen Anspruch eingetauscht [1]). Darum bleibt aber doch sein Vermögensverlust bestehen [2]). Ausschlaggebend ist hier das nach B.G.B. nicht abzuweisende Recht des Eigentümers, die Verfügung durch Genehmigung dinglich wirksam zu machen und sich im Wege des § 816 an den Verfügenden zu halten. Der Anspruch aus § 951 B.G.B. ist ja allerdings, wenn er einmal entstanden ist, durch eine nachträgliche rückwirkende Genehmigung der Verfügung des Nichtberechtigten durch den früheren Eigentümer nicht mehr zu beseitigen; denn dieser ist zu einer solchen Genehmigung, nachdem er das Eigentum durch Verarbeitung verloren hat, nicht mehr befugt. Wenn aber der Eigentümer das Recht hat, unter Verzicht auf die Eigentumsklage gegen den Urheber der Verfügung vorzugehen, so kann man auch dem, der nur eine Forderung gegen den Verarbeiter hat, die Klage aus § 816 jedenfalls dann nicht versagen, wenn auf die Klage aus § 951 verzichtet wird.

Aber auch das Nebeneinanderbestehen der Ansprüche aus §§ 816 und 951 bietet keine erheblichen Schwierigkeiten. Es besteht dann eine Art Gesammtschuldverhältnis. Der Verarbeiter haftet auf den Wert der Sache, kann also einer Verurteilung und Vollstreckung insoweit widersprechen, als der Gläubiger den Wert anderweitig erlangt hat. Der Urheber der Verfügung haftet höchstens auf das Erlangte und kann sich in derselben Weise anrechnen, was der Gläubiger vom Verarbeitenden erlangt hat [3]).

---

[1]) Hellwig, Dissert. S. 63.

[2]) Vgl. oben § 5.

[3]) Ihering hält das Nebeneinanderbestehen mehrerer Bereicherungsklagen, wenn die Sache durch mehrere Hände geht und mehrere Besitzer aus ihren Verfügungen haften, für eine unlösbare Schwierigkeit. Auch nach dem B.G.B. wird der Fall möglich, wenn auch nicht häufig sein (Gestohlene Sachen). Ihering, Jahrb. XVI 287 ff. Hellwig S. 81. Donellus X ad. l. 23 de reb. cred. Nr. 9. Der Anspruch des Eigentümers darf nicht weitergehen, als eine Bereicherung auf seine Kosten erfolgt ist. Jeder haftet zwar auf das „Erlangte“. Hat aber der Eigentümer einmal den Sachwert und darüber hinaus den Höchstbetrag, den einer der Verpflichteten erlangt hat, beigetrieben, so kann der Klage die Einwendung, der Vollstreckung Widerspruch entgegengesetzt werden.

§ 10.

2. Der Anspruch gegen den unentgeltlichen Erwerber und seine Rechtsnatur.

Sind die Voraussetzungen des Bereicherungsanspruches gegeben, so haftet anstelle oder neben dem Urheber der Verfügung auch derjenige, welcher von ihm unentgeltlich erworben hat. Satz 2 des § 816 Abs. 1 spricht dies aus. Er wird durch den § 822 ergänzt. Danach haftet der Bereicherungsklage auch, wer unentgeltlich vom unentgeltlichen Erwerber erwirbt[1]).

§ 816 knüpft diese wichtige Folge an das Vorhandensein einer unentgeltlichen Verfügung. Das Wort „Verfügung" scheint hier nicht am Platze. Im Gesetze wird so der Gegensatz zwischen der causa im engeren Sinne, der causa des dinglichen Rechtsgeschäfts, und dem sonst im Gesetz verwandten weiteren Begriffe der causa verdunkelt. Die Verfügung, durch die eine Schenkungsverpflichtung erfüllt wird, ist entgeltlich, weil die unmittelbare causa der Verfügung in Erfüllung der Verpflichtung besteht; zweifellos ist diese Verfügung unentgeltlich im Sinne von § 816[2]). Die Unentgeltlichkeit ist also hier nicht Eigenschaft der Verfügung, sondern des als sogen. causa präcedens von der Geschäftskausa zu trennenden obligatorischen Verhältnisses. Die Kommission war sich der kaum zu überwindenden Schwierigkeiten, die der Begriff des unentgeltlichen Rechtsgeschäftes der Praxis macht, wohl bewusst[3]).

Nicht unbegründet ist auch das Bedenken, das in der Kommission[4]) zur Sprache kam. Das Prinzip der Abstraktheit der Rechtsübertragungsakte wird durchbrochen. Der Erwerber eines Grundstücks muss sich auf die Erörterung seines Erwerbsgeschäfts einlassen, wobei es allerdings dem Kläger obliegt, die Unentgeltlichkeit darzuthun.

Der Bereicherungsanspruch erhält den Charakter einer ding-

[1]) Vgl. auch §§ 2287, 2288 Abs. 2 S. 2 und 2329 B.G.B.

[2]) Leonhard, Allgem. Teil S. 264. Vgl. die Ausdrucksweise in § 2113 und 2288 Abs. 2 B.G.B.

[3]) Mot. III S. 212. Prot. III S. 83.

[4]) Prot. III S. 82.

lichen Verfolgung des Gutes[1]), er wird aber keineswegs ein dinglicher Anspruch. Das dingliche Recht ist ja durch die Verfügung nach §§ 932 ff., 892 auf den unentgeltlichen Erwerber übergegangen, der auch seinerseits Verfügungen mit dinglicher Wirksamkeit treffen kann. Aber vielfach wird die Bereicherungsklage den Erfolg der dinglichen Klage erreichen, so dass die Ausdehnung der Grundsätze des Schutzes des guten Glaubens auf den unentgeltlichen Erwerb (§ 892 B.G.B., cf. dagegen § 9 E.E.G.) ihrer grössten Tragweite beraubt wird.

Der Anspruch ist den actiones in rem scriptae des römischen Rechts ähnlich und gleichartig dem Anfechtungsanspruch, der sich, obwohl obligatorischer Natur, auch gegen Rechtsnachfolger des ursprünglichen Schuldners richtet[2]). Der Anfechtungsanspruch hat mit der Klage aus § 816 eine grosse innere Verwandtschaft. Häufig wird mit der Anfechtung einer Vermögensübertragung nach Anfechtungsrecht die Klage wegen Simulation verbunden. Hat der Anfechtungsgegner weiter veräussert, so wird § 816 als Klagegrund das Anfechtungsrecht ergänzen.

Den §§ 275, 276 I 13 A.L.R. entsprechend wurde in § 56 I 50 A.G.O. der Anfechtungsanspruch auch auf Sondernachfolger des ersten Erwerbers erstreckt und zwar gegen unentgeltliche Erwerber (§ 24 I 15 A.L.R.) ohne Lösung. Die Gesetzgebung folgte dem alten allgemeinen Grundsatz des § 96 Einl. z. A.L.R. In § 109 der preussischen K.O. vom 8. Mai 1855 wurde die Erstreckung der Anfechtungsobligation auf den bösgläubigen oder unentgeltlichen Sondernachfolger beibehalten.

Die alte Reichskonkursordnung, die den Anfechtungsanspruch quasi ex delicto erklärte, brach zwar (§ 33) mit dem Prinzip der Anfechtung gegen den unentgeltlichen Sondernachfolger. Sie verlangte Teilnahme an der fraus des Gemeinschuldners[3]). Vergleicht man aber § 40 K.O. n. F. mit § 33 a. F., so findet man

---

[1]) Endemann, Bürg. Recht I § 198 Anm. 93, Anm. 5. Stieve S. 46. Hachenburg S. 177.

[2]) Hachenburg a. a. O.

[3]) Mot. z. K.O. bei Hahn IV S. 152. Dagegen Cosack, Anfechtungsrecht S. 306.

die Ausgestaltung parallel zu §§ 816, 822 B.G.B. In § 40 wird der Anfechtungsanspruch auch gegen den entgeltlichen Erwerber gegeben, der das Bestehen der Anfechtungsobligation kannte. So weit braucht § 816 die Haftung des Sondernachfolgers nicht auszudehnen, da der Bösgläubige dem Eigentümer gegenüber nicht geschützt wird.

Zwischen den im römischen Recht scharf geschiedenen dinglichen und persönlichen Rechten erkannte das A.L.R. eine Zwischenbildung an, das bekannte Recht zur Sache.

Nach § 25 I 10 A.L.R. griff das obligatorische Recht auf eine Sache auch dem Dritten gegenüber durch, der sie in Kenntnis der Forderung erwarb. Schon bei der preussischen Liegenschaftsgesetzgebung[1]) von 1872 wurde dies Recht zur Sache beseitigt, und das B.G.B. (Sachenrecht, Mot. S. 3) stellte auch für bewegliche Sachen die scharfe Scheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten wieder her. Allgemein betrachtet man das Recht zur Sache als eine nur noch der Rechtsgeschichte angehörige Bildung. Die Grundsätze in §§ 816 und 822 stellen aber eine Vermittelung dar, die an das Recht zur Sache erinnert. Wie dort, muss nach § 816 S. 2 der dinglich Berechtigte vor einem andern Rechte weichen, das zur Zeit seines Rechtserwerbs bestand, und zwar nach § 25 I 10 A.L.R. vor einem ältern obligatorischen Rechte, hier vor einem dinglichen Rechte, das mit seinem Rechtserwerb zum obligatorischen Anspruche zusammengeschmolzen ist. Beim unentgeltlichen Erwerb vom unentgeltlichen Erwerber ist die Ähnlichkeit vollkommen, da hier das dingliche Recht dem Forderungsrechte weicht. Man hat sich hier ähnlich wie bei der durch Vormerkung gesicherten persönlichen Forderung „vom römischen Dogma losgemacht, dass die persönliche Verpflichtung einer Person von jedem Dritten schlechthin ignoriert werden kann und ihn nicht bindet“ [2]).

---

[1]) Mot. Abschn. I. Werner, Materialien II S. 15. Interessante Debatten im Herrenhaus für das Recht zur Sache. Werner II S. 68 ff.

[2]) Cosack S. 306. Vgl. zum obigen die geläufigen Kommentare und Handbücher des Konkurs- und Anfechtungsrechts.

IV. Der Gegenstand des Anspruchs.

§ 11.

1. Das durch die Verfügung Erlangte und der auf Grund der unentgeltlichen Verfügung erlangte rechtliche Vorteil.

Durch die Einführung der dinglichen Surrogation ist für den Erbschaftsanspruch ein eigenartiges Sonderrecht geschaffen worden.

Was der Erbschaftsbesitzer durch Verfügungen über den Nachlass erwirbt, wird Nachlassbestandteil und wird für den Erben erworben, der es mit der Erbschaftsklage wie mit dinglichen Singularklagen verfolgen kann. Im Konkurse des Erbschaftsbesitzers ist der Erbe aussonderungsberechtigt[1]). Das ist ein scharfer Gegensatz, der zwischen der Universalklage und der Singularklage des Eigentümers besteht. Bei der Eigentumsklage ist eine solche dingliche Surrogation dem bürgerlichen Rechte unbekannt. Der Ausgleichsanspruch aus § 816 ist rein obligatorisch.

Bei den Beratungen der II. Kommission wurde zwar von den Gegnern des abstrakten Übereignungsgeschäfts der Vorschlag gemacht, man solle doch dem Bereicherungskläger ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Bereicherten verleihen[2]). Diese Verstärkung der Rechte des Klägers wurde aber abgelehnt. Das Aussonderungsrecht blieb auf den Fall des § 46 K.O. beschränkt, auf Bereicherungen der Masse durch Verfügungen des Konkursverwalters und des Gemeinschuldners, sofern die Gegenleistung bei der Konkurseröffnung noch aussteht. Diese Ausnahme wird auf die Zwangsvollstreckung nicht auszudehnen sein; ein Widerspruchsrecht bei Pfändung des Gegenleistungsanspruchs ist dem Geschädigten nicht zu gewähren.

Als Gegenstand des obligatorischen Anspruchs bezeichnet § 816 in erster Reihe das durch die Verfügung Erlangte.

Damit wird der Umfang der Verpflichtung nur nach oben hin begrenzt. Der Ausdruck scheint aus den gleichen Gründen nicht gut gewählt wie bei der „unentgeltlichen Verfügung".

[1]) Prot. V S. 713.
[2]) Prot. II S. 722.

Durch die Verfügung wird streng genommen nichts erlangt, da die Verfügung kein Erwerbsakt ist, durch den der Vermögensstand des Verfügenden unmittelbar vermehrt wird. Man kann nur durch das der Verfügung zu Grunde liegende Geschäft etwas erlangen [1]).

Zwei Meinungen sind hier als nicht zutreffend abzulehnen:

1. die Meinung, dass „das durch die Verfügung Erlangte" mit der „Gegenleistung" identisch ist,
2. dass die Ansprüche gegen den Urheber der Verfügung und den Dritten sich gegenseitig ausschliessen.

Allerdings sind die Begriffe „des durch die Verfügung Erlangten" und „des auf Grund der unentgeltlichen Verfügung erlangten rechtlichen Vorteils" sich gegenseitig zu ergänzen bestimmt, da offenbar dem Geschädigten durch § 816 so geholfen werden soll, dass er entweder vom Verfügenden oder vom unentgeltlichen Erwerber Entschädigung erhält.

Die Auffassung liegt nahe, als handle es sich um die Gegenüberstellung von unentgeltlichen Geschäften und solchen, bei denen durch die Verfügung eine Gegenleistung erlangt wird [2]). Dies scheint jedoch nicht zutreffend.

Alle Rechtsgeschäfte, in denen nicht die Parteien ernstlich eine Leistung als Gegenleistung der andern ansehen [3]), bezeichnet man als unentgeltlich. In diesem weiten Sinne ist „unentgeltlich" nicht mit „lukrativ" zu verwechseln. Bei vielen Geschäften, die man unentgeltlich nennen muss, bringt der Gegner des Verfügenden zu dessen Gunsten Opfer, die keine Gegenleistung der Verfügung sind. Beispiele sind die donatio sub modo, der Verkauf gegen einen Scheinpreis, der nur einen kleinen Teil des Wertes der Sache darstellt. Pfandsicherungen sind häufig unentgeltlich, nach Meinung des Reichsgerichts nie Bereicherungen des Empfängers [4]). Die Praxis hat daher einen

---

[1]) Prot. V S. 712.

[2]) Z. B. Hachenburg S. 175. Kipp bei Windscheid 8. Aufl. II § 422 Zusatz.

[3]) Prot. III S. 83 f. R. G. XXXIII S. 167. Cosack, Anfechtungsrecht S. 133 ff. Burckhard, Zum Begriff der Schenkung; Würzburger Festgabe. 1899. Leonhard, Allgem. Teil S. 266 u. a. m.

[4]) R. G. II S. 258. Vgl. bei Anm. 14.

engeren Begriff der Unentgeltlichkeit ausgebildet, dem die Bereicherung des Empfängers wesentlich ist. Bei der Auslegung von § 9 preuss. Gesetz vom 5. Mai 1872 hat das Reichsgericht diesen Begriff verwendet [1]).

Wollte man in § 816 den ersten Satz von dem entgeltlichen, den zweiten vom unentgeltlichen Rechtsgeschäft verstehen, so würde der Schutz des § 816 insoweit versagen, als die unentgeltliche Verfügung nicht lukrativ ist, namentlich dort, wo der unentgeltliche Erwerber an den Verfügenden eine Leistung macht, die kein Entgelt ist.

Der Begriff „des durch die Verfügung Erlangten" ist weiter als der des Entgelts. Man wird ihn umschreiben können als „die rechtlichen Vorteile, die der Verfügende auf Grund der Verfügung erhält". Solche Vorteile kann auch der Urheber einer unentgeltlichen Verfügung erhalten. So sind also Satz 1 und 2 des § 816 einander nicht nebengeordnet; Satz 1 behandelt alle Arten von Verfügungen, Satz 2 hebt daraus die unentgeltlichen hervor.

Da der Dritte den Vorteil herausgeben soll, den er durch die unentgeltliche Verfügung unmittelbar erlangt hat, so ergiebt sich, dass eine unentgeltliche Verfügung in dem engeren Sinne vorausgesetzt wird, in dem der Ausdruck in § 9 E. E. G. verstanden wurde, nämlich eine Verfügung, die für den Erwerber lukrativ ist, wenngleich hier schon in einem blossen rechtlichen Vorteil ein Gewinn gesehen wird. Andrerseits haftet der Dritte nicht etwa schon dann, wenn er aus dem Geschäft mit dem Verfügenden Vorteil gezogen hat. Er bleibt unberührt, wenn das Geschäft nach Auffassung der Parteien entgeltlich war.

Die donatio sub modo ist ein einfaches Beispiel, wie die Begriffe in der ausgeführten Bedeutung sich ergänzen. Der Schenker, zu dessen Gunsten der modus bestand, haftet bis zum Werte der Auflage, — das ist das durch die Verfügung Erlangte —, der Beschenkte bis zur Höhe des Geschenks unter

[1]) R. G. II S. 258. **Turnau** zu § 9 E. E. G. **Paris**, Beiträge zur Erläuterung des § 9 E. E. G. **Rocholl**, Rechtsfälle aus der Praxis des R. G. 1883 I S. 246.

Abzug der Auflage, — das ist der aus der unentgeltlichen Verfügung gezogene Vorteil.

Nun brauchen sich aber die Ansprüche nicht so zu ergänzen, dass beide zusammen grade den Vermögensverlust ausgleichen. Die Ansprüche können teilweise konkurrierend neben einander stehen. Der wichtigste Fall ist der einer unentgeltlichen Verfügung durch einen Bösgläubigen. Der Zusatz zum § 822, der dort den Anspruch gegen den unentgeltlichen Erwerber nur subsidiär macht[1]), fehlt bei § 816.

Die Schwierigkeiten des Nebeneinanderbestehens wird man hier in ähnlicher Weise lösen können, wie dort, wo der Gegenstand der Verfügung durch mehrere Hände geht[2]).

Das Ergebnis dürfte dem in § 822 entgegengesetzt sein. Der Anspruch gegen den Dritten, der zur Naturalrestitution führen kann, wird unverkürzt bleiben; dagegen wird der Verfügende, zuletzt verklagt, sich anrechnen können, was der Kläger von Dritten erhalten hat, zuerst verklagt, nach der Zahlung dem Kläger den Wert dessen wieder abnehmen können, was er hinterher vom unentgeltlichen Erwerber zurückerhält.

Die eigentümliche Wortfassung — vom „Erlangen eines rechtlichen Vorteils" wird gesprochen[3]) —, löst Zweifel über die Behandlung von Pfandsicherungen, die zu den wichtigsten der unter § 816 fallenden Verfügungen gehören. Hachenburg[4]) führt aus, dass ein Anspruch des Berechtigten, dessen Sache mit einem Faustpfandrecht belastet wird, solange nicht bestehe, als das Pfandrecht noch zu keiner Verwertung der Sache geführt habe. Das Darlehn, für das das Pfand bestellt werde, sei nicht das durch die Verfügung Erlangte, andrerseits die Pfandbestellung auch keine unentgeltliche Verfügung. Erst wenn der Gläubiger sich aus der Sache bezahlt mache, sei der nichtberechtigte Pfandbesteller durch Befreiung von seiner Schuld

[1]) Prot. VI 212. Cosack I § 168 Anm. 16.

[2]) Vgl. oben S. 46.

[3]) Der Ausdruck wurde mehrfach geändert. In II. Lesung stand zuerst „erlangte Bereicherung" (Prot. III S. 82), dann „wer durch die Verfügung einen rechtlichen Vorteil erlangt" (Prot. VI S. 199), schliesslich in § 812 Entw. II „wer ein Recht unentgeltlich erlangt hat".

[4]) Vorträge S. 175.

bereichert. Diese Meinung wäre für den Berechtigten, der vielleicht auf Jahre seine Sache entbehren muss, sehr hart. Das Faustpfandrecht ist auch nicht anders zu behandeln als die Hypothek, wo doch gewiss der Eigentümer schwer geschädigt ist, wenn ihm die Verfügungsmacht über einen Teil des Grundstückswertes entzogen wird.

Häufig genug wird die Pfandbestellung entgeltliches Rechtsgeschäft sein, unter Umständen auch, wenn es sich um Sicherung bestehender Schulden handelt, nämlich dann, wenn Stundung, Zinserlass, Pfandentlassung oder eine ähnliche Leistung erfolgt [1]).

Die Hingabe der Darlehnssumme ist aber nicht Gegenleistung der Pfandbestellung. Als Entgelt für sie übernimmt der Verpfänder die Rückzahlungspflicht. Der Vorteil, der durch die Pfandbestellung erlangt wird, und für den Pfandsicherung und Zinszahlung das Entgelt sind, dürfte der Genuss der geliehenen Summen sein. Man wird daher nach § 816 dem Eigentümer der Pfandsache zwar eine Klage gegen den unberechtigten Verpfänder auf die Darlehnssumme geben; wenn aber der Verpfänder, der persönliche Schuldner des Gläubigers, Kapital und Zinsen bezahlt, so ist er berechtigt, vom Eigentümer Ersatz zu verlangen, und die Hypothek geht nach § 1164 B.G.B. auf ihn über. (Vgl. § 777 C.P.O.) So wird der Erfolg erreicht, dass der Urheber der Verpfändung den dadurch erlangten Vorteil verliert, während der Eigentümer in die gleiche Lage kommt, als habe er das Pfand bestellt.

Ist ein Entgelt für die Pfandbestellung nicht festzustellen, so ist sie unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 816. Die abweichende Praxis, der Hachenburg folgt, stützt sich auf die besondern Bestimmungen des Anfechtungsrechts [2]). Das Reichsgericht hat nun zwar angenommen, dass auch die unentgeltliche Pfandbestellung für den Erwerber kein lucrum enthalte [3]).

[1]) Windscheid, Pand. II § 463 Anm. 33b. Cosack, Anfechtungsrecht S. 152. Seuffert, Arch. 21 Nr 187, 22 Nr. 286. R. G. 3 S. 169 u. a. m.

[2]) R.G. VI S. 85. Komm. zu §§ 23 Nr. 2 und 25 K.O. a F.

[3]) R.G. II S. 258 zu § 9 E.E.G. Dagegen Rocholl I S. 250. Paris a. a. O. Wie R.G. Fischer, Die Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt und Pfandbestellung. Paderborn 1875. S. 64. Dort auch Litteratur.

Dieses Bedenken kann für § 816 unberücksichtigt bleiben. Mag es auch bei der Pfandsicherung an einer wirtschaftlichen Vermögensvermehrung fehlen, **ein rechtlicher Vorteil** liegt unleugbar vor, der nach § 816 durch Aufgabe des Pfandrechts herauszugeben ist.

§ 12.

2. Die Anwendung der Vorschriften über Herausgabe der Bereicherung.

Innerhalb der im Gesetz bezeichneten Maximalgrenze bestimmt sich der Umfang des Anspruchs nach den allgemeinen Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung [1]). Hier kommt auch der Unterschied zwischen dem gut- und dem bösgläubigen Urheber der Verfügung zur Geltung. Einige Fragen nehmen für § 816 eine besondere Gestalt an, die ihre Betrachtung wichtig erscheinen lässt:

1. Zweifellos ist es der Standpunkt des B.G.B. (sowie auch des § 262 I 13 A.L.R.), dem Bereicherungskläger in erster Reihe Naturalrestitution zu gewähren (§ 818 Abs. 2) [2]). Nur wenn der Empfänger zur Herausgabe ausser Stande ist, oder wenn die Bereicherung in Ausgabenersparnis bestand, richtet sich die Klage auf Wertersatz in Geld. Die Anwendung dieser Sätze auf den Anspruch des § 816 gegen den unentgeltlichen Erwerber hat nichts Auffälliges. Es ist nur daran festzuhalten: Wer Eigentum erlangt hat, hat es herauszugeben; der Erwerber eines Rechts hat es abzutreten oder aufzugeben; wer ein Vorrecht erlangt hat (§ 1032), hat zurückzutreten.

Die Naturalrestitution aber auch bei dem Anspruch gegen den unberechtigten Urheber der Verfügung zum Grundsatz zu machen, hat, wie Stieve (S. 54) hervorhebt, keinen rechten Sinn. Denn hier ist ja kein reeller Gegenstand aus dem Vermögen des Klägers und frühern Berechtigten ins Vermögen des Beklagten gekommen, so dass eine „Rückgabe“ nicht stattfinden

---

[1]) **Stieve**, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem B.G.B. Strassburg 1899.

[2]) **Stieve** S. 29, 47 ff., 58. Vgl. auch **Hachenburg** S. 176.

kann. Stieve[1]) findet jene unerwünschte Rechtsregel in den Worten des § 816, der Herausgabe „des durch die Verfügung Erlangten" vorschreibt, ausgesprochen. Wer für fremdes Geld eine landwirtschaftliche Maschine kauft, müsse diese, nicht ihren Geldwert, herausgeben. Allerdings stellt sich dieses unerfreuliche Resultat nur bei Verfügungen ein, durch die andere Gegenstände als Geld eingetauscht werden.

Es scheint nicht unmöglich einen besseren Sinn zur Geltung zu bringen. Der Begriff des durch die Verfügung Erlangten hält scharfer Prüfung nicht stand und eignet sich nicht zur Grundlage für wichtige Folgerungen. Den Gesetzgebern schwebte wohl nur der gewöhnliche Fall vor, wo Geld eingetauscht und herauszugeben ist. In § 818 enthält allerdings der Ausdruck „das Erlangte" den Hinweis auf Rückgabe in natura (Gegensatz: „der Wert"). Hier ist doch aber natürlich nur des Normalfalles gedacht, wo der Bereicherte aus dem Vermögen des Geschädigten einen Gegenstand erlangt hat. Nur hier ist der Rückgabeanspruch berechtigt und natürlich. In § 818 muss man lesen: „das (vom Kläger) Erlangte". Im Falle § 816 geht vom Kläger kein Gegenstand, sondern nur ein Wert ins Vermögen des Beklagten über. In § 812 wird wie in § 816 der Ausdruck gebraucht, dass jemand etwas auf Kosten eines Anderen „erlangt", auch für Fälle wo die Bereicherung in einer Ausgabenersparnis besteht, wo also die Erstattung des Erlangten nur als Geldwertersatz erfolgen kann. So wird man vielleicht in § 816 „das durch die Verfügung Erlangte" von dem Wertzuwachs verstehen können, den das Vermögen des Nichtberechtigten durch die Verfügung erlangt. Es bestände dann kein Zwang, die unnatürliche Folgerung Stieves zu ziehen. Es spricht eben viel dafür, in § 816 für den Anspruch gegen den Urheber der Verfügung den Grundsatz der Naturalrestitution nicht streng durchzuführen[2]). Beim Anspruch gegen den unentgeltlichen Erwerber ist wirkliche Rückgabe möglich und daher kein Grund, von den allgemeinen Grundsätzen abzuweichen.

[1]) Vgl. Hellwig, Dissert. S. 78, über Veräusserung fremden Geldes nach gem. Recht.

[2]) Ein Wahlrecht des Bereicherungsklägers wäre kaum am Platze.

2. Man hat in § 816 die zweifelfreie Entscheidung der alten gemeinrechtlichen Streitfrage gefunden [1]), ob der Verkäufer einer fremden Sache den Betrag, den er als Kaufpreis ausgegeben hat, der Bereicherungsklage gegenüber in Abzug bringen darf [2]). Man hat die Frage verneint, weil nach § 816 auf „das Erlangte“ schlechthin gehaftet werde. Nur wenn nachträglich von den Erlangten etwas verloren geht, wird nach dieser Meinung die Haftung durch § 818 erleichtert. Hier handelt es sich aber in der That um Fälle, wo die Bereicherung schon vor ihrem Entstehen vermindert wird. Durch § 818 sollte keine einschränkende Vorschrift gegeben werden, dass nur Ereignisse, die dem Bereicherungsvorgang nachfolgen, zur Verminderung des Umfangs der Bereicherung in Betracht kommen könnten. Der Begriff der Bereicherung und seine Feststellung wurde nach den Materialien [3]) Wissenschaft und Praxis überlassen.

In der gemeinrechtlichen Wissenschaft nahm Windscheid [4]) eine Sonderstellung ein, indem er ausführte, dass der eingenommene Kaufpreis ohne Abzug des ausgegebenen als Bereicherung anzusehen sei. Ihm hielt besonders Zimmermann [5]) entgegen, dass er den einzelnen Akt der Veräusserung ins Auge fasse, dass man aber auf die Gesammtposition des Veräusserers zu sehen habe. Nur um die Differenz zwischen Verkaufs- und Erwerbspreis sei die Lage des Veräusserers verbessert. Windscheid erwiderte anscheinend treffend, dass man nicht die Position des Veräusserers nach dem Verkauf mit der vor dem Erwerb, sondern nur mit der vor dem Verkauf vergleichen dürfe. Vor dem Verkauf bestehe die Eigentumsklage, gegen die es einen Abzug des Erwerbspreises nicht gebe. Durch Herauszahlung des vollen Kaufpreises komme der Veräusserer in die-

[1]) Kuhlenbeck zu § 816 Nr. 4. Kipp bei Windscheid, Pand. 8. Aufl. Bd. II Zusatz zu § 422; anscheinend auch Oertmann und Meisner zu § 816.

[2]) §§ 28 ff. I 15 A. L. R.; oben § 3 bei Anm. 1.

[3]) Mot. II S. 837; Prot. II S. 703 ff. über Bereicherungswegfall.

[4]) Leipziger Progr. S. 38, ebenso Hellwig S. 70 ff.

[5]) Echte und unechte neg. gest. S. 53. Vgl. Dernburg, Pand. I § 225 Anm. 25. Eisele, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 66 S. 8. Ihering, Jahrb. XVI S. 285. Bolze, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 82 S. 4—9.

selbe Lage, wie vor dem die Bereicherung bewirkenden Eigentumsuntergange. Wie nach Entwehrung der Sache habe er eine Eviktionsregressklage gegen seinen Veräusserer.

Vorfrage ist, ob der Bereicherungsbeklagte, wenn er den vollen gelösten Kaufpreis herauszugeben genötigt würde, nach B.G.B. wie bei Eviktion der Sache Regress gegen seinen Verkäufer nehmen könnte. Nach §§ 434, 440 B.G.B. ist hieran kaum zu zweifeln. Die Windscheidsche Meinung wäre also für das B.G.B. durchführbar. Gleichwohl erscheint ihre Missbilligung durch Theorie und Praxis[1]) auch für das bürgerliche Recht begründet. Der Fehler liegt allerdings nicht dort, wo Stieve (S. 93) ihn sucht, nicht darin, dass Windscheid dem Beklagten seine Forderungsrechte auf die Bereicherung in Anrechnung bringt. Denn wenn er auch die Regressforderung nach dem Verkauf als Addenden des Vermögens des Veräusserers verwendet, so muss er doch auch die Regressforderung, die vor dem Verkauf bestand, als Subtrahenden der Bereicherung ansetzen. Das Resultat Windscheids dürfte vielmehr darum unrichtig sein, weil er die Vermögenslage des Veräusserers vor der Veräusserung nicht mit der Vermögenslage unmittelbar nach ihr vergleicht, sondern erst mit der Lage nach der — vorausgesetzten, in Wirklichkeit aber zu begründenden — Bereicherungsklage. Um die Berechtigung und Notwendigkeit einer solchen zu erweisen, darf man nicht anführen, wie Windscheid thut, dass der zu Beklagende sich für die durch die Bereicherungsklage geschaffene Vermögensminderung schadlos halten könne[2]); eine Klage ist vielmehr nur dann und insoweit begründet, als ohne sie eine positive Bereicherung vorhanden ist. Das ist aber nur in Höhe der Differenz zwischen Verkaufs- und Erwerbspreis der Fall.

Die Motive[3]) entscheiden die Frage nicht. Sie stehen aber auf dem Standpunkt, für den oben Zimmermann angeführt ist. Danach ist zur Feststellung, ob eine Bereicherung vorliegt, „auf die gesammte Vermögenslage des Empfängers Rücksicht zu

[1]) R.G. XXXII S. 320.
[2]) Vgl. oben S. 31 bei Anm. 4.
[3]) II S. 837.

nehmen". „Ausgaben und Vermögensminderung haben den Wegfall der ursprünglichen Bereicherung zur Folge", sofern sie mit ihr im Kausalzusammenhange stehen. Das Erwerbsgeschäft steht nun zweifellos mit der Veräusserung in wirtschaftlichem Zusammenhange. Die zeitliche Reihenfolge ist dabei zufällig; das Erwerbsgeschäft kann dem Veräusserungsgeschäft ebenso vorangehen wie nachfolgen. Es tritt insoweit keine Bereicherung ein als die Vermögensvermehrung nötig ist, eine zum Zwecke des Erwerbs vorher gemachte Vermögensminderung auszugleichen.

3. Ihering fasst einmal den Erwerbspreis als eine auf die Sache gemachte Aufwendung auf. Bei der Behandlung der Aufwendungen auf die fremde Sache treten in der That dieselben Zweifel auf.

Aufwendungen, für die der Besitzer bei der Eigentumsklage Erstattung fordern kann, mindern den wirtschaftlichen Wert der Eigentumsklage und infolgedessen notwendig auch die durch den Fortfall der Eigentumsklage geschaffene Bereicherung.

Ihering[1]) sieht hierin unlösbare praktische Schwierigkeiten. Bei der Anstellung der Bereicherungsklage, die erst in 30 Jahren verjährt, also sehr lange nach der Verfügung über die Sache noch angestellt werden kann, sei die Feststellung, welche Aufwendungen zu ersetzen seien, nicht mehr möglich. Es sei nicht mehr zu ermitteln, welche Verwendungen zur Zeit der Verfügung — dieser Augenblick sei wohl zugrunde zu legen — notwendig gewesen seien[2]) oder den Wert der Sache vermehrt hätten.

Diese Schwierigkeiten bestehen nicht; denn es ist unzulässig, den Ersatz von Verwendungen bei der Bereicherungsklage auf diejenigen zu beschränken, die bei der Eigentumsklage zu ersetzen sind. Bei der Eigentumsklage macht der beklagte Besitzer, von den notwendigen Verwendungen abgesehen, einredeweise einen Bereicherungsanspruch geltend. Es soll verhindert werden, dass der Eigentümer auf Kosten des Besitzers oder seiner Vorbesitzer einen Gewinn macht. Aus der Natur der Bereicherungsklage folgt dagegen, dass der Beklagte alle Verwendungen muss in Rechnung stellen können, die seine Bereicherung mindern,

---

[1]) Jahrb. XVI S. 287 ff.

[2]) §§ 994, 996 B. G. B Iherings Meinung wird aufs B. G. B. übertragen.

ohne Rücksicht darauf, ob der Wert der Sache durch sie erhöht wird[1]). Darin steht die Klage aus § 816 der Erbschaftsklage (§ 2022) gleich.

Hier greifen dieselben Erwägungen durch wie beim Erwerbspreis. Betrachtet man die gesammte wirtschaftliche Stellung des Besitzers, so erscheint alles, was er auf die Sache verwendet, als Minderung seiner Bereicherung, mag die Verwendung auch nicht ordnungsmässigen Wirtschaftsgrundsätzen, sondern individuellen Neigungen oder dem Leichtsinn des Besitzers entspringen. Es muss nur eine Vermögensminderung vorliegen, die man als „Verwendung" auf die Sache bezeichnen kann; sonst besteht der notwendige Kausalzusammenhang zwischen Bereicherung und Ausgabe nicht. Wenn jemand einen Hundertmarkschein auf einem Grundstück zu Asche brennen lässt, so ist dies keine Verwendung; wohl aber wird der gutgläubige Besitzer in Rechnung stellen können, was er auf einen unbesonnenen, von vornherein aussichtslosen Versuch zur Verbesserung der Bodenbeschaffenheit verschwendet hat.

Soweit der Besitzer der Eigentumsklage gegenüber ein Wegnahmerecht hatte, das ihm bei Übergang des dinglichen in einen obligatorischen Anspruch verloren gehen musste, mindert sich die Bereicherung notwendig um den Wert des Wegnahmerechts. Aber auch darüber hinaus können die Gesammtkosten der mit der fremden Sache verbundenen Einrichtung einredeweise gegen die Bereicherungsklage geltend gemacht werden.

Umgekehrt sind die Gegenansprüche des Beklagten nach § 816 in einer Beziehung geringer als bei der Eigentumsklage; hier können auch Verwendungen des Vorbesitzers (§ 999 B. G. B.) zur Erstattung kommen, beim Bereicherungsanspruch nicht; denn, was der Vorbesitzer ausgegeben hat, mindert die Bereicherung des nach § 816 Beklagten nur insoweit, als es im Erwerbspreis steckt.

Der Grundsatz § 997 Abs. 1 Satz 2 wird auch für die Bereicherungsklage anzuwenden sein. Für die Zeit, wo dem Besitzer die Nutzungen verbleiben — und dem gutgläubig Verfügenden verbleiben sie ohne Ausnahme —, kann für die gewöhnlichen Erhaltungskosten der Sache kein Ersatz gefordert

[1]) Stieve S. 94. 87.

werden; denn sie sind bei ordentlicher Wirtschaft aus den Erträgen zu decken. Weist aber der Beklagte nach, dass die Erträge zur Bestreitung der gewöhnlichen Erhaltungskosten nicht ausreichten, so wird er auch insoweit, anders als bei der Eigentumsklage, die Verminderung seiner Bereicherung geltend machen können.

Die Aufwendungen sind nach § 256 Satz 2 ohne Zinsen in Ansatz zu bringen, da die Nutzungen der Sache bezw. die Zinsen ihres Wertes dem gutgläubigen Beklagten verbleiben.

Sind die Gegenansprüche nicht durch Aufrechnung geltend zu machen, wie regelmässig bei der Klage gegen den unentgeltlichen Erwerber, so sind sie Zug um Zug gegen Herausgabe der Bereicherung zu erfüllen.

Im Hinblick auf die betrachteten Fragen ist an die oben[1]) versuchte Gegenüberstellung von § 816 und § 812, 818 zu erinnern. Nach § 818 hat der Bereicherte statt des ursprünglich ungerechtfertigt in sein Vermögen gelangten, aber weiterveräusserten Gegenstandes seinen Wert zu ersetzen, vermindert um den Erwerbspreis und alle Verwendungen. In § 816 werden Verminderungen der Bereicherung, vor Eintritt der Bereicherung geschehen, so betrachtet, als seien sie erst nachher erfolgt. Vom Rechtsbewusstsein wird der Bereicherungsvorgang auf den Augenblick zurückdatirt, wo der Gegenstand in den Besitz des Verfügungsurhebers gelangt ist. Das gleiche Prinzip zeigt sich, wenn man § 822 mit § 816 Satz 2 vergleicht.

Doch ist nach § 818 nur der Werth der veräusserten Sache herauszugeben, nicht auch der durch Rechtsgeschäft mit der Sache gemachte Gewinn[2]); das ist ein Unterschied von § 816. Mit dieser Massgabe gilt aber der Satz: Wer über einen fremden Gegenstand unberechtigt verfügt, haftet nach § 816 in demselben Umfange, als sei schon der Gegenstand der Verfügung selbst ohne Grund in sein Vermögen gekommen.

§ 13.

3. Das Ziel der Klage in besonderen Fällen.

Vom Umfang der Leistungspflicht abgesehen wird das Ziel der Klage durch die Art der Verfügung und des durch sie

[1]) Siehe oben § 6 S. 17.

[2]) Mot. IV 499 ff. Prot. II S. 709. Bestritten z. B. bei Oertmann, Comm. zu § 818.

verletzten Rechtes bestimmt. Verlässt man die Fälle der Verletzung eines Eigentumsrechts, auf die das Gesetz besonders zugeschnitten scheint, so gerät man auf unsicheren Boden. § 816 schweigt darüber, wie der Anspruch sich zu gestalten hat, wenn neben dem Eigentum andre Rechte oder nur solche vernichtet oder zurückgedrängt werden. Pfandrecht und Niessbrauch kommen hier in Betracht: von geringerer Bedeutung sind sonstige Rechte an Grundstücken, die bei der Veräusserung untergehen könnten. Ein Pfandgläubiger, dessen Forderung noch nicht fällig ist, würde zuviel erhalten, wenn er auf Leistung des durch die Verfügung Erlangten klagen könnte. Es wäre denkbar, wenn Rechte an der Sache neben dem Eigentum durch die Verfügung verletzt werden, die Rechte an dem Bereicherungsanspruch fortbestehen zu lassen [1]). Dies entspricht aber nicht dem § 816, der jedem Verletzten einen Bereicherungsanspruch giebt.

Ähnliche Fragen sind bereits in der Praxis bei Anwendung der §§ 771, 805 C.P.O. (§§ 690, 710 a. F.) behandelt worden. Dem Anspruch des Pfandgläubigers auf vorzugsweise Befriedigung steht allerdings nicht entgegen, dass die gesicherte Forderung noch nicht fällig ist.

Man liess ähnlich wie in § 92 Zw.G. vom 24. März 1897 eine Surrogation des Versteigerungserlöses anstelle der Sachen eintreten, wenn die Versteigerung nicht verhindert werden konnte [2]). Bei § 816 kann nur ein obligatorischer Anspruch in Frage kommen, der aber die Herstellung eines Zustandes, wie er nach §§ 771, 805 C.P.O. gesetzlich eintritt, zum Ziel haben wird. Die Klagen des Pfandgläubigers und Niessbrauchers werden unter entsprechender Anwendung der für Pfandrecht und Niessbrauch an Forderungen gegebenen Vorschriften §§ 1074 ff., 1281 ff. B. G. B. zu beurteilen sein. Vor der Fälligkeit seiner Forderung wird der Pfandgläubiger nur Hinterlegung des durch die Verfügung Erlangten für sich und den verletzten Eigenthümer [3]) oder Zahlung an beide verlangen

[1]) Vgl. Art. 52 E.G. z. B.G.B.

[2]) Gruchot 26 S. 836. Foerster-Eccius I § 22 am Ende. A. L. R. § 3 I 16, § 261 I 20.

[3]) RG. XIII S. 253.

können, worauf dann Anlegung des Gezahlten nach § 1288 zu erfolgen hätte. Der Niessbraucher klagt auf Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten und erwirbt daran die in §§ 1075, 1067 bezeichneten Rechte. Für die Behandlung untergegangener nicht auf Geldzahlung gerichteter Rechte wird § 92 Zw. G. Anhaltspunkte bieten [1]).

§ 14.

V. Die Verfügung über fremde Forderungsrechte.

Im zweiten Absatze des § 816 werden die Verfügungen über Forderungsrechte, speziell diejenigen hervorgehoben, die in der Annahme der geschuldeten Leistung bestehen. Da der erste Absatz sich auf Verfügungen über Gegenstände d. h. Sachen und Rechte (§ 90 B. G. B.) bezieht, so bietet Abs. 2 nichts Neues. Er dient nur der Klarstellung.

Die Annahme der Leistung durch einen Nichtberechtigten hervorzuheben, lag nahe, und so findet sich ihre Erwähnung schon in den Beschlüssen der ersten Kommission. Sollte doch § 816 dazu dienen, die Rechtsverluste, die der Schutz des guten Glaubens bewirkt, auszugleichen; und im Recht der Schuldverhältnisse wurde für den Schutz des gutgläubigen Schuldners in weitem Umfange dadurch gesorgt, dass man der Leistung an den Nichtberechtigten vielfach befreiende Wirkung zuschrieb [2]). Gegen den ungerechtfertigt bereicherten Empfänger giebt § 816 Abs. 2 die Klage.

Bei der Verpfändung und Übertragung von Forderungen kennt das Gesetz grundsätzlich keinen Schutz des gutgläubigen Erwerbers. Nur wo die Forderung von einem Inhaber- oder Ordrepapier getragen wird, kann die Übertragung durch den Nichtberechtigten wirksam werden. Doch ist hier die Forderung nur mittelbar Gegenstand der Verfügung, die sich unmittelbar auf das Wertpapier, einen körperlichen Gegenstand (§§ 932 ff., 816 Abs. 1) richtet und nur folgeweise das Recht aus dem Papiere ergreift.

[1]) Dr. J. Freund, Zwangsvollstreckung in Grundstücke §§ 106, 53. Jäckel, Komm. zu § 92 Zw. G.

[2]) Hachenburg S. 199 ff., 253 ff. Neumann zu § 816. Beispiele: §§ 407, 409, 851, 1006, 891, 793, 806 B. G. B. § 836 C. P. O. Art. 36 W. O. § 435 H. G. B. (R. O. H. G. XXII S. 330) u. v. a.

Bei Forderungen giebt es nun aber einen eigenartigen Schutz des gutgläubigen Erwerbs, durch den nicht ein vom Verfügenden verschiedener wirklicher Gläubiger, sondern der Schuldner selbst geschädigt wird, dort nämlich, wo der Forderung Einreden entgegen stehen, vor denen das Gesetz den gutgläubigen Erwerber schützt, §§ 405 B. G. B., 364 H. G. B., Art. 82 W. O. Hier wird § 816 nicht anzuwenden sein. Die Forderung wird in § 816 als Gegenstand, als Rechtsobjekt aufgefasst, und der Klage unterliegt der Verfügende, der nicht Herr über dieses Objekt ist. Der legitimierte Wechselbesitzer, dessen Forderung eine exceptio doli entgegensteht, ist doch verfügungsberechtigter Inhaber der durch Einrede zu entkräftenden Forderung. Kein andrer als er hat ein Recht an dem — wertlosen — Gegenstand seiner Verfügungsmacht. Der geschädigte Schuldner hat nur die Klage aus seinem besondern Verhältnisse zum Verfügenden, wie gegen den Eigentümer, der einer obligatorischen Verpflichtung zuwider veräussert.

Die Fälle, wo der Zahlung des Gutgläubigen an den Nichtberechtigten befreiende Wirkung zugeschrieben wird, sind zahlreich und wichtig genug. Gleichwohl würde die Bedeutung der Bereicherungsklage für Verfügungen über Forderungsrechte erheblich geringer sein als für sonstige Verfügungen. § 816 erhält aber auch hier eine ausserordentliche Tragweite, wenn man ihn auf Verfügungen anwendet, die nach § 185 B.G.B. konvalescieren.

Die Genehmigung der Verfügung eines Nichtberechtigten über eine Forderung durch den Gläubiger setzt voraus, dass der Nichtgläubiger überhaupt einen Rechtsakt vorgenommen hat, der die Forderung zu ergreifen geeignet ist. Handelt der Nichtberechtigte in Wahrnehmung der Interessen des Gläubigers, so stellt die Geschäftsführungsabsicht die Beziehung zur fremden Forderung her. Dass aber die Verfügung über eine fremde Forderung als objektiv fremdes Geschäft möglich sei, obwohl der Verfügende glaubt, sein eigenes Recht auszuüben, ist fürs gemeine Recht von v. Monroy [1]) nicht ohne Grund bezweifelt worden. Er behauptet, es seien nur Ausnahmefälle, in denen das Recht ausdrücklich der Verfügung eines Nichtberechtigten,

[1]) v. Monroy S. 119. anders Seuffert, Lehre von der Ratihabition S. 110/111. Vgl. l. 5 § 11 Dig. III 5.

die nicht in Wahrnehmung der Vermögensinteressen des Geschäftsherrn getroffen sei, eine Beziehung auf ein fremdes Forderungsrecht zuerkenne, wie bei der Zahlungsannahme durch den Cedenten oder den unberechtigten Besitzer eines Legitimationspapiers. Sonst werde ein Forderungsrecht des A durch eine Verfügung, die B im eignen Namen trifft, gar nicht berührt. Für die Identität der Forderung sei die Person des Gläubigers absolut wesentlich. Der Unberechtigte, der scheinbar die Forderung eines andern im guten Glauben wie seine eigene abtrete, verfüge über ein Nichts, nicht über das fremde Recht. Der Berechtigte könne also eine solche Verfügung, die mit seinem Recht in keiner Beziehung stehe, auch nicht durch Genehmigung zur Wirksamkeit bringen. v. Monroy geht sogar soweit, auch in der Abtretung, die ein Nichtberechtigter unterm Namen des Berechtigten erklärt, keine Verfügung über die Forderung zu sehen[1]).

Aber auch abgesehen von diesen Fällen, wo die Forderung gerade durch Benennung der Person des wahren Gläubigers individualisiert wird, ist eine dem Bedürfnis ausreichende Bezeichnung der Forderung möglich. Die Identitätsfragen sind hier wie anderwärts unlösbar. Der Verkehr begnügt sich aber auch mit gewissen objektiven Merkmalen, bei deren Vorhandensein er die Identität für erwiesen ansieht.

Im gemeinen Recht ist dies für die Verfügung, die in Einziehung der fremden Forderung besteht, zweifelfrei anerkannt. Der Gläubiger kann sie genehmigen und als Erfüllung seiner Forderung behandeln[2]). Ebenso erhielt auch nach preussischem Rechte die Zahlung an einen Nichtberechtigten durch die Genehmigung des Berechtigten befreienden Erfolg. Wenn gleichwohl die Klage des Gläubigers gegen den unberechtigten Leistungsempfänger mehrfach abgewiesen wurde[3]), so sollte damit nur ausgesprochen werden, dass die Einziehung allein nicht immer eine Geschäftsführungsklage und nie eine Ver-

[1]) Anders Zimmermann, Echte und unechte neg. gest. S. 30 Nr. 45.

[2]) Windscheid II § 342 Anm. 31. c. 12 Cod. VIII 42, l. 12 § 4, l. 49 Dig. XXXXVI 3.

[3]) R.G. VII S. 191, X S. 240. Rehbein, Entsch. II S. 621. Striethorst 34 S. 150, 70 S. 343, 85 S. 34.

wendungsklage begründe, weil die Forderung gegen den Schuldner bestehen bleibe. Die Möglichkeit, dass durch Genehmigung des Gläubigers die Zahlung wirksam werden und eine Bereicherung des Empfängers auf Kosten des Gläubigers eintreten könne, wird offen gelassen [1]).

Nach B.G.B. ist zweifellos, dass ein Nichtberechtigter über ein fremdes Forderungsrecht verfügen, und der Berechtigte die Verfügung wirksam machen kann, sofern nur die Identität der Forderung nach den im Leben für ausreichend erachteten Merkmalen feststeht. Vorläufer des § 185 B.G.B. war der § 310 Entw. I, der grade von Verfügungen über fremde Forderungen handelte [2]). Im § 362 B.G.B. wird § 185 für anwendbar, also die Genehmigung für zulässig erklärt, wenn zum Zwecke der Erfüllung an einen Nichtberechtigten geleistet wird [3]).

Man sieht sich hier wie bei der Verfügung über fremde Sachen der Frage gegenüber, wie das Verhältnis des genehmigenden Gläubigers zum Urheber der Verfügung zu behandeln ist. Auch hier bleibt nichts übrig, als den § 816 gegen den gutgläubigen Verfügenden [4]) anzuwenden, sofern kein sonstiges der Genehmigung zu grunde liegendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien besteht und aufgedeckt wird. Die Ausgleichsklage ist aber ebenso wie die Möglichkeit einer Genehmigung davon abhängig, dass die Forderung, über die verfügt ist, mit der des Genehmigenden identisch ist. Der Gläubiger kann sonst natürlich nicht, wenn der Schuldner in Konkurs verfällt, eine Zahlung, die dieser auf nicht bestehende Schuld früher geleistet hat, als Zahlung seiner Forderung genehmigen und den Empfänger verklagen: wenn er nicht beweist, dass die Zahlung damals Bezahlung seiner Forderung sein sollte (der Zahlungsempfänger ist z. B. Cedent des Gläubigers), so gehört die condictio indebiti zur Konkursmasse; die Genehmigung ist gegenstandslos.

So kann § 816 auch Anwendung finden, wenn gesetzlich unwirksame Zahlungen oder Abtretungen und Verpfändungen von Forderungen genehmigt werden. Wenn ein Generalbevoll-

[1]) Striethorst 70 S. 343. R.G. VII S. 191, X S. 240.
[2]) Mot. II S. 139.
[3]) Mot. II S. 85.
[4]) Vgl. oben S. 39.

mächtigter des A eine unsichere Forderung an B für 500 Mark abtritt, darauf A dieselbe Forderung gutgläubig an C für 600 Mark, so kann B unter Genehmigung der Abtretung von A 100 Mark ohne weitere Beweise fordern.

Im Wege der Zwangsvollstreckung [1]) kann eine dem Schuldner nicht zustehende Forderung nicht übertragen werden. Eine Überweisung an Zahlungsstatt dürfte, wenn die Forderung nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten zusteht, gradeso unwirksam sein, wie wenn die Forderung gar nicht besteht (§ 835 C.P.O.); doch dürfte § 816 auch hier anwendbar sein, sofern z. B. der Niessbraucher eines Hauses die Überweisung der vom Gläubiger des Eigentümers gepfändeten Mietforderungen genehmigt. Da die Identität der gepfändeten Forderungen mit denen des Niessbrauchers objektiv feststeht, kann die Übertragung nach § 185 B.G.B. wirksam werden; der Niessbraucher kann sich dann an einen zahlungsfähigen, statt an viele unsichere Schuldner halten. Bei der Überweisung zur Einziehung ist die Einziehung privatrechtliche Verfügung, auf die aber § 836 Abs. 2 C.P.O. kaum Anwendung finden kann, so dass auch hier nur durch Genehmigung Wirksamkeit eintreten könnte.

Hachenburg [2]) regt die Frage an, ob es bei unentgeltlicher Verfügung über Forderungen auch gegen den dadurch Bereicherten eine Klage giebt. Wo die Übertragung der Forderungen unter dem Schutz des guten Glaubens steht (Inhaberpapier) scheint dies sicher. Hachenburg hält den Anspruch nicht für begründet, wenn vom Cedenten dem gutgläubigen Cessus gegenüber ein Schulderlass vorgenommen wird. Es liege kein Bedürfnis vor, dem Cessionar, der sich an den Cedenten halten könne, eine zweite Klage gegen den Schuldner zu geben. Der Schulderlass ist aber doch eine Verfügung, die dem Schuldner gegenüber unentgeltlich sein kann. Daher wäre § 816 anzuwenden, wenn man nicht annehmen müsste, dass diese Anwendung durch die Sonderbestimmungen über die Abtretung ausgeschlossen sein sollte. Das Nebeneinanderbestehen von § 892 und § 816 Abs. 1 S. 2 hat Sinn; unverständlich wäre es aber in § 407 B.G.B.

[1]) Vgl. oben § 8 S. 29 f.
[2]) Vorträge S. 255.

auch dem unentgeltlichen Rechtsgeschäft zwischen den Cedenten und dem Schuldner Wirkung beizumessen, wenn man gleichwohl aus § 816 eine Klage gegen den Schuldner zulassen wollte.

Schluss.

Die Erörterungen über den neugestalteten Bereicherungsanspruch haben zu einem Satze geführt, dessen Anerkennung wünschenswert, und der auch für die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag wichtig ist, so dass er hier hervorgehoben zu werden verdient.

Dem Anspruch aus § 816 B.G.B. wurde auch über den Bereich des Schutzes des gutgläubigen Erwerbers hinaus als Mittel zur Ausgleichung ungerechtfertigter Vermögensverschiebung Bedeutung beigemessen. § 816 gewährt eine den § 687 ergänzende Bereicherungsklage bei der sogen. unechten Geschäftsführung, wenn eine Verfügung über fremdes Vermögen durch Genehmigung dingliche Wirksamkeit erlangt.

Der Unterschied zwischen dem Erbschaftsanspruch und der Einzelklage bei Verfügungen des Herausgabepflichtigen zeigt sich geringer, als es den Anschein hat. Dort fällt dem Erben mit dinglicher Wirkung zu, was hier, wenn die Verfügung genehmigt wird, durch den Bereicherungsanspruch dem Urheber der Verfügung genommen wird. Bei Anwendung von § 185 B.G.B. kann § 816 für das innere Verhältnis massgebend sein.

Die Darstellung, welche einen Teil der mannigfachen Gestalten vorführen sollte, die der untersuchte Anspruch annehmen kann, hätte ein noch bunteres Bild ergeben müssen, wäre es möglich gewesen, den Bestimmungen über den Schutz des guten Glaubens nachzugehen. Auch hier findet man die Erfahrung bestätigt, dass die Mannigfaltigkeiten, die das Leben erzeugt, kaum zu überschauen sind, und dass die Gesetzesbestimmung, einmal geworden, sich selbständig zu oft nicht vorhergesehener Bedeutung fortentwickelt.

Buchdruckerei Maretzke & Märtin, Trebnitz in Schles.

Studien

zur

Erläuterung des bürgerlichen Rechts

herausgegeben

von

Dr. Rudolf Leonhard
ord. Professor der Rechte an der Universität Breslau

8. HEFT

Die rechtliche Natur der Miete

im deutschen bürgerlichen Recht

von

Dr. iur. et phil. Albert Hesse

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1902

Die rechtliche Natur

der

Miete

im

deutschen bürgerlichen Recht

von

Albert Hesse
Dr. iur. et phil.

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1902

Herrn

Geheimen Oberregierungsrat

Albrecht Keilig

in Potsdam

Herrn

Geheimen Oberregierungsrat

Albrecht Keilig

in Potsdam

Vorwort.

Eine Arbeit über das Thema: „Der Schutz des Mieters gegen Dritte nach deutschem bürgerlichen Recht“ — Hallenser Dissertation 1900 — veranlasste mich, die Frage nach der rechtlichen Natur der Miete zu erörtern. Dieses Problem habe ich weiter verfolgt, die in jener ersten Schrift teilweise zerstreuten Ausführungen hierüber zusammengefasst, abgerundet, durch näheres Eingehen auf die widerstreitenden Ansichten und Stellungnahme zu ihnen ergänzt und erweitert. In Folgendem erlaube ich mir, das Ergebnis dieser Studien der Oeffentlichkeit zu übergeben. Ich thue es mit dem Ausdruck verbindlichsten Dankes an Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. Leonhard, der mir die Anregung zu dieser Schrift gab und deren Veröffentlichung förderte.

Halle a/S., Mai 1902.

Der Verfasser.

Inhalt.

I.

Stand der Frage.

Im römischen und gemeinen Recht ist die Miete ein persönliches Recht.[1] Auf dem gleichen Standpunkt stehen der code civil[2], das österreichische und das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch. In den deutschen Partikularrechten ist ihre rechtliche Natur verschieden. Nach A.L.R. wird das Recht jedes Mieters dinglich mit Erwerbung des Mietbesitzes.

Die rechtliche Natur der Miete nach dem B.G.B. ist bestritten.

Dass der Mieter beweglicher Sachen stets und der Grundstücksmieter[3]) vor Uebergabe der Mietsache nur obligatorisch berechtigt ist, darin stimmen alle Ansichten überein. Nach der herrschenden Meinung ist die Miete von Grundstücken aber immer, auch nach der Uebergabe ein obligatorisches Recht.[4] Dagegen

[1]) Die Ansicht von Ziebarth, Die Realexekution und die Obligation (1866), dass die Miete wegen der Möglichkeit direkter Erzwingung der geschuldeten Sache — Realexekution — ein petitorisch verfolgbares dingliches Recht darstelle, hat keinen Anklang gefunden.

[2]) Nicht unbestritten; vgl. Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des französischen Zivilrechts 5. Auflage II. S. 420 Note 1.

[3]) Dem nach § 580 B.G.B. der Mieter von Wohnräumen und anderen Räumen gleichsteht.

[4]) So Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs 3.—4. Auflage I. S. 749 ff.; Crome, Die juristische Natur der Miete nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts Band 37, S. 1 ff.; Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen

sprechen Cosack[1]), Meisner[2]) und Fuchs[3]) dem Recht des Grundstücksmieters nach Ueberlassung des Gebrauchs dinglichen Charakter zu: dadurch, dass der Erwerber des Mietgrundstücks und der dinglich Berechtigte im Umfang der §§ 571—579[4]) den Vertrag gegen sich gelten lassen müssen, erhält der Mieter ein dingliches Recht am Grundstück[5]). Auch nach der Ansicht Scherers[6]) schafft

---

Gesetzbuch (1897) S. 20 Note 49; Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren (1897) S. 11; Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte (1899) S. 425; Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts (1900) II. S. 684; Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Preussischen Allgemeinen Landrechts 1. und 2. Auflage S. 237; Fischer und Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs 2. Auflage Note 3 zu § 571; Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Kommentar, 2. Auflage Note 1 zu § 571; Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B. für das deutsche Reich (1897) S. 51 ff; Krückmann, Institutionen des bürgerlichen Rechts 2. Auflage S. 75, 76; Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar, (1899) Vorbemerkung 3 zu §§ 571—579; Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens (1898/1901) II,2, S. 152, 171, III. S. 182; Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches (1899) Vorbemerkung II zu §§ 571—579; Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes (1899) I. S. 496—497; Weyl, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für Praktiker (1898) I. S. 438; v. Buchka, Bürgerliches Gesetzbuch und Gemeines Recht 3. Auflage S. 122; Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch (1897) I. S. 239; Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht (1903) S. 445; Brückner, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen (1900) S. 6; Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des deutschen Reiches (1900) S. 7; Friderici, Das neue Mietrecht (1900) S. 5; Borcherdt, Das Mietsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche mit besonderer Berücksichtigung des A. L. R. (1899) S. 1, 2. König, Hat der Grundstücksmieter ein dingliches Recht? (1901) Dissertation; Naue, Die angebliche Dinglichkeit der Miete nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (1901) Dissertation.

[1]) Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts (1899) II. S. 280—290; 3. Auflage (1901) S. 285—295; v. Gerber-Cosack, System des deutschen Privatrechts auf der Grundlage des Entwurfs eines B. G. B. für das deutsche Reich, 17. Auflage, S. 354.

[2]) Das B.G.B., Kommentar, II. Bd. (1898), Note 3 zu § 571.

[3]) Grundbuchrecht (1899/1900), S. 35.

[4]) Paragraphen ohne Zusatz sind solche des B. G. B.

[5]) v. Gerber-Cosack, a. a. O., S. 354.

[6]) Das Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich (1899), S. 790.

die Miete im Kreis der Bestimmungen der §§ 571—579 ein dingliches Recht. Nach der Meinung Kuhlenbecks[1]) endlich ist die Miete ein zunächst und wesentlich obligatorisches, aber auch dinglich wirksames Recht.

Eine vorwiegend als Kritik der gegen die herrschende Meinung gerichteten Ansichten auftretende Untersuchung der rechtlichen Natur der Miete wird nur die Grundstücksmiete berücksichtigen. Einmal nehmen die Gegner allein für diese dinglichen Charakter in Anspruch; die nur für sie geltenden Bestimmungen der §§ 571 ff. bilden den Ausgangspunkt der Angriffe; dann können für die Bestimmung der rechtlichen Natur der Miete allein die Vorschriften des Mietrechts massgebend sein und von diesen wiederum nur jene §§ 571 ff. zur Begründung der Behauptung dinglichen Charakters der Miete herangezogen werden; endlich ergiebt sich mit dem Nachweis, dass die Grundstücksmiete nicht dinglich ist, auch der obligatorische Charakter der durch die Normen des Mietrechts weniger geschützten Miete beweglicher Sachen[2])[3]). So sei zuerst untersucht, ob das Recht des Mieters im B.G.B. die begrifflichen Merkmale eines dinglichen Rechts zeigt, und ob das B.G.B. die Miete als dingliches Recht fasst, ob eine solche Annahme dem System, der Terminologie und den Vorschriften über dingliche Rechte entspricht. Dann ist zu prüfen, ob die Thatsache eines selbständigen Rechts des Mieters gegen Erwerber und dinglich Berechtigte mit einer Obligation vereinbar, ob die Stel-

---

[1]) Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1899) II, S. 306 Note 2. Für die Dinglichkeit der Miete ferner: Fischer, Das Sachenrecht (Sammlung von Vorträgen Band 3, 1896) S. 16, 17: auch jetzt noch behauptet er in der Vorbemerkung zum Sachenrecht in der Handausgabe von Fischer und Henle einen petitorischen Schutz von Grundstücksmiete und Pacht gegen dritte Erwerber.

[2]) So auch Cosack a. a. O., S. 280 f., bezw. 285 f.

[3]) Crome a. a. O., S. 60 ff. und im Anschluss an ihn Nane, a. a. O. S. 41 ff. behandeln auch die rechtliche Natur der Mobiliarmiete mit Rücksicht auf die §§ 858 ff, 986 II, 1006 und 1007. Ich unterlasse dies deshalb, weil aus allgemeinen Normen, die ausserdem z. T. nur einen Schutz des Besitzes enthalten, Argumente für die Behauptung eines von der Natur der übrigen Rechte im zweiten Buche des B.G.B. abweichenden Charakters der Miete offenbar nicht entnommen werden können.

lung des Mieters gegenüber diesen Personen für die rechtliche Natur der Miete entscheidend, und ob eine Ausdehnung dieser Bestimmungen durch Anwendung auf andere Thatbestände zulässig. ihre Behauptung durch Cosack begründet ist.

II.

1.

Begriff des dinglichen Rechts.

Der Begriff des dinglichen Rechts ist bestritten. Die herrschende Meinung[1]) sieht das Wesen des dinglichen Rechts in der unmittelbaren Beziehung der Person zur Sache, in der rechtlichen Herrschaft über die Sache. Durch das dingliche Recht „wird uns eine körperliche Sache unmittelbar unterworfen“ [2]). Dieser Meinung folgen die Motive[3]). Sie fassen dingliches Recht als unmittelbare, reale Herrschaft, bei deren Entstehung das Vorhandensein eines Verpflichteten nicht nötig ist. Hiergegen macht die andere Ansicht[4]) mit Recht geltend, dass unmittelbare Herrschaft Besitz ist, dass

---

[1]) So Dernburg, Pandekten, 5. Auflage I, S. 49; Endemann, a. a. O. II, S. 14. Im gleichen Sinne: Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts (1842) II, S. 296 f.; Wendt, Rechtssatz und Dogma in Jherings Jahrbüchern, Band 29, S. 79 ff.; Staub, Die juristische Konstruktion des dinglichen Rechts im Archiv für Bürgerliches Recht, Band 5, S. 13; Planck, Zur Kritik des Entwurfs eines B.G.B. im Archiv für die Civilistische Praxis, Band 75, S. 388; Jhering, Passive Wirkungen der Rechte in Jherings Jahrbüchern Band 10, S. 393; Rümelin, Obligation und Haftung im Archiv für die Civilistische Praxis, Band 68, S. 202, 203.

[2]) Dernburg, Pandekten I, S. 49.

[3]) III, S. 2.

[4]) So Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Auflage I, S. 90; Gierke, Deutsches Privatrecht (1895) I, S. 260; derselbe, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht (1889), S. 282; Cosack, a. a. O. II, S. 1; Oertmann, Der Dinglichkeitsbegriff in Jherings Jahrbüchern, Band 30, S. 427; Bruns, Das heutige römische Recht in Holtzendorffs Encyklopädie, 5. Auflage, S. 446, 447; Merkel, Die Elemente der allgemeinen Rechtslehre in Holtzendorffs Encyklopädie, S. 39.

nur zwischen lebendigen Willensträgern ein Rechtsverhältnis denkbar, zwischen Person und Sache kein Recht, sondern nur ein Faktum möglich ist. Sie sieht daher das Wesen des dinglichen Rechts darin, dass „der Wille des Berechtigten massgebend ist für das Verhalten eines jeden in Betreff der Sache“ [1]), fasst das dingliche Recht als ein Recht, „das dem Berechtigten die Herrschaft über eine Sache gegenüber allen anderen Personen verschafft“ [2]). Auch nach der gegen die herrschende Meinung gerichteten Ansicht enthält das dingliche Recht zwei Merkmale: es handelt sich um eine Sache — im weitesten Sinn —, von der Verfügung über diese werden alle anderen Personen ausgeschlossen. Während jedoch nach der herrschenden Meinung aus der vom Recht geschützten unmittelbaren Sachherrschaft das Recht, gegen jeden Eingriff vorzugehen, sich ergiebt, ist nach der anderen Ansicht diese unmittelbare Herrschaft nur die konkrete Form, in der das dingliche Recht in Erscheinung tritt, ist die unmittelbare Beziehung eine Folge der Verwirklichung des dinglichen Rechts, aber nicht das dingliche Recht selbst. Diese Auffassung verhindert nicht, wie zuweilen behauptet wird, eine gleichmässige Berücksichtigung der beiden oben genannten Faktoren. Es würde durchaus unrichtig sein, wollte man das dem dinglichen Recht innewohnende, an jeden gerichtete Verbot der Einwirkung auf die Sache und Hinderung des Berechtigten einseitig betonen, den vom dinglichen Recht gewährleisteten Sachgenuss ausser Acht lassen. Diesen Fehler begeht Fuchs [3]): er gelangt so zu der Auffassung des dinglichen Rechts als eines absoluten Rechts negativen Inhalts, er fasst dingliches Recht als obligatorische [4]) Verpflichtung aller, Dinglichkeit als Absolutheit und leugnet infolge dessen den Unterschied zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten.

Für die Entscheidung der vorliegenden Frage ist die Stellungnahme zu diesen beiden Ansichten ohne Belang. Mag man den gegen jede Einwirkung geschützten Sachgenuss als Folge des absoluten Charakters des dinglichen Rechts auffassen, oder das Recht,

---

[1]) So Windscheid a. a. O. I. S. 90.
[2]) So Gierke, Deutsches Privatrecht S. 260.
[3]) Das Wesen der Dinglichkeit (1889) S. 13—17.
[4]) Im Gegensatz zu Windscheid.

gegen jeden Eingriff vorzugehen, aus der vom Recht geschützten unmittelbaren Sachherrschaft ableiten, stets tritt der dingliche Charakter eines Rechts in äussere Erscheinung bei der Rechtsverfolgung eines Eingriffs in das Recht, sodass dieses Verhalten als Kriterium dienen kann. Die Thatsache der Verletzung genügt zur Passivlegitimation, es kommt weder auf den Nachweis eines besonderen Verpflichtungsgrundes an, noch auf eine bestimmte Qualifikation des Beklagten. Die Verfolgung ist unabhängig von der Person, der Zahlungsfähigkeit, der Verkehrstreue eines Schuldners[1]).

Während nun eine dingliche Klage gegen jeden, der die Ausübung des Rechts stört oder unmöglich macht, vom Gesetz für das Eigentum und die dinglichen Nutzungsrechte vorgesehen ist — vgl. §§ 1004, 985: Eigentum, 1017: Erbbaurecht, 1027: Grunddienstbarkeit, 1065, 1068: Niessbrauch, 1090, 1093: beschränkt persönliche Dienstbarkeit —, wird sie der Miete nicht zugebilligt, der Mieter vielmehr für den Fall, dass ein Dritter sich ein Recht an der Sache anmasst, an seinen Vermieter gewiesen, dem er unverzüglich Anzeige zu erstatten hat — § 545, I, 2 —. Dass das Gesetz dem Mieter einen selbständigen Anspruch gegen jeden Dritten mit Absicht versagt, geht daraus hervor, dass es in § 1042 dem Niessbraucher die gleiche Anzeigepflicht auferlegt, ihm jedoch daneben ein selbständiges Verteidigungsrecht ausdrücklich zubilligt — § 1065 —.

Auch aus der Bestimmung des § 541 in Verbindung mit § 538 I, II ist eine dingliche Klage nicht zu entnehmen. Der Mieter kann in dem Fall, dass ihm durch das Recht eines Dritten der Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil entzogen wird, gegen diesen Dritten selbst vorgehen, „den Mangel beseitigen" nur bei Verzug des Vermieters, also nicht von vorn herein, nur subsidiär, nicht unmittelbar, sondern nur in Abhängigkeit von dem Willen eines anderen. Dieses widerspricht aber dem Begriff des dinglichen Anspruchs. Zudem wird dem Mieter ausdrücklich weder ein Recht, Wiederherstellung des früheren Zustandes bezw. Beseitigung der Störung zu verlangen, noch eine Klage auf Unter-

---

[1]) Endemann a. a. O. II. S. 13.

lassung gegeben, wie die § § 985, 1004 und die übrigen oben angeführten Paragraphen sie dem Eigentümer und jedem dinglich Berechtigten gewähren; es müsste das Recht des Mieters, den Mangel selbst zu beseitigen, in diesem Sinne interpretiert werden. Und dieses ist bedenklich einmal mit Rücksicht darauf, dass das B.G.B. die Rechtsstellung einer Person, zumal ein so wichtiges und eigenartiges Recht wie das hier behauptete, nie durch eine Verweisung auf eine für ganz andersartige Verhältnisse zunächst getroffene Bestimmung regelt. Zudem würde eine solche Auslegung der § § 538, 541 dem Zusammenhang durchaus widersprechen [1]).

Das Gebrauchsrecht des Mieters wird zwar, sofern der Mieter Besitzer ist, absolut geschützt, dieser Schutz ist jedoch nur possessorisch, nur provisorisch, nur indirekt ein Schutz des Mietrechts; er hat zur rechtlichen Voraussetzung nicht das Vertragsrecht, sondern allein die Thatsache des Besitzes; er wird jedem Besitzer gegeben und setzt ein Recht zum Besitz nicht voraus. Auf Grund dieses Schutzes lässt sich daher ein dinglicher Charakter der Miete nicht annehmen [2]).

Erkennt man die Miete als dingliches Recht an, soweit die § § 571 ff. in Betracht kommen, legt man der Miete im Umfang dieser Bestimmungen dinglichen Charakter bei [3]), fasst man sie als ein zunächst und wesentlich obligatorisches, aber auch dinglich wirksames Recht [4]), so setzt man sich in Widerspruch zu dem Begriff des dinglichen Rechts. Dies tritt unmittelbar gegen jedermann und nicht nur gegen bestimmte, rechtlich qualifizierte Personen in Wirkung.

Die Miete zeigt mithin das Kriterium des dinglichen Rechts nicht. Das B.G.B. hat dem Mieter eine dingliche Klage versagt, also ein dingliches Recht ihm nicht gegeben [5]).

---

[1]) Entsprechend: Crome, a. a. O. S. 45, 46; Naue, a. a. O. S. 39; König, a. a. O. S. 27, 28.

[2]) Gegen Fuchs, Grundbuchrecht S. 35; derselbe, Das Wesen der Dinglichkeit S. 105.

[3]) So Scherer, a. a. O. S. 770.

[4]) So Kuhlenbeck, a. a. O. II. S. 306 Note 2.

[5]) Vgl. Leonhard, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft (1900) S. 199 f.

2.

a.) Dinglichkeit der Miete und System des B.G.B.

Das B.G.B. fasst die Miete nicht als dingliches Recht auf. Eine dahingehende Annahme steht in Widerspruch zu dem System des Gesetzes, seiner Terminologie und den Vorschriften über dingliche Rechte.

Die Stellung der Miete im Recht der Schuldverhältnisse ist durchaus nicht so bedeutungslos für ihre rechtliche Natur, wie Cosack[1]) annimmt, und durch den Einwand, dass auch das Pfandrecht des Vermieters bei den Forderungsrechten behandelt sei, wird die Beweiskraft dieser Thatsache nicht abgeschwächt. Einzelne Thatbestände, an welche kraft Gesetzes die Entstehung eines Pfandrechts geknüpft wird, werden im Recht der Schuldverhältnisse behandelt, da sie zugleich Thatbestände von Forderungsrechten bilden und der Regelung dieser obligatorischen Rechtsverhältnisse der weitaus grösste Teil der gesetzlichen Bestimmungen dient. Die Vorschriften über Art und Wirkung dieses Pfandrechts finden sich im Sachenrecht, in § 1257, durch den es dem vertragsmässigen Pfandrecht gleichgestellt wird. Ausserdem gehört das Pfandrecht zu den von den Motiven[2]) ausdrücklich genannten dinglichen Rechten. — Ihr Kreis ist geschlossen. Die Verfasser des B.G.B. sind von dem Grundsatz ausgegangen, dass nur eine geschlossene Zahl von dinglichen Rechten an Sachen bestehen dürfe; diesen Standpunkt teilt auch das B.G.B. in seiner heutigen Gestalt.[3]) „Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, welcher das Obligationenrecht beherrscht, hat für das Sachenrecht keine Geltung.“[4]) Daraus folgt einmal, dass die Beteiligten nicht jedem beliebigen Recht, welches sich auf eine Sache bezieht, also z. B. dem Mietrecht, den Charakter eines dinglichen Rechts verleihen können. Wenn nun, wie Cosack annimmt, durch den Umstand,

[1]) A. a. O. II. S. 283 bezw. 288.

[2]) III. S. 3.

[3]) So Dernburg, Bürgerliches Recht III. S. 183: Endemann, a. a. O. II. S. 1; Kober, Sachenrecht, Kommentar, (1898) Vorbemerkung III, Biermann, Das Sachenrecht, Kommentar, (1898) Vorbemerkung 4: Fischer und Henle a. a. O. Vorbemerkung zu Abschnitt I Buch III; auch Cosack, a. a. O. II. S. 5, 58.

[4]) Motive III. S. 3.

dass nach Ueberlassung des Grundstücks der Mietvertrag gegen den Erwerber wirkt, die Miete dinglich würde, so würde, da gemäss § 578 vor der Ueberlassung der gleiche Erfolg durch Vertrag zwischen Vermieter nnd Erwerber erreicht wird, durch Vertrag einem obligatorischen Recht der Charakter des dinglichen gegeben. Andererseits folgt darans, dass auch einem Recht, welches die Begriffsmerkmale des dinglichen zeigt, dieser dingliche Charakter durch Vertrag nicht genommen werden kann. Wenn man nun den oben [1]) gekennzeichneten Standpunkt einnehmen, die Miete als dingliches Recht fassen wollte, so müsste für die §§ 571—579 der Grundsatz der Vertragsfreiheit verneint werden, es würde sonst der dispositive Charakter der §§ 571—579 dem Prinzip der Beschränkung der Vertragsfreiheit hinsichtlich dinglicher Rechte widersprechen. Diese den Schutz des Mieters bezweckenden Sätze sind aber nur ergänzenden Rechts; sie können im Vertrag ausgeschlossen werden. Das B.G.B. giebt selbst ansdrücklich die Thatbestände des Obligationenrechts an, in denen die gesetzliche Bestimmung dnrch Vertrag der Parteien nicht geändert werden kann [2]). Das Vertragsrecht ist innerhalb weiter Grenzen [3]) frei, und das Gesetz setzt selbst die Ausnahmen von diesem Prinzip der Vertragsfreiheit fest; es ist daher unznlässig, in den vom B.G.B. nicht angegebenen Fällen solche zu statuieren. Dafür liegt hier auch kein Grund vor. Wenngleich sozialpolitische Gesichtspunkte, Rücksichten auf das allgemeine Interesse die Gesetzgeber zur Aufnahme der §§ 571—579 bestimmten, [4]) so berechtigt dieser Umstand doch noch nicht zu der Annahme, dass diese Vorschriften den Zwangscharakter öffentlich rechtlicher Normen erhalten sollten. [5])

---

[1]) S. 2 f.

[2]) So z. B. in den §§ 248, 276 II, 619, 701; für das Mietrecht § 544: dann durch seine Terminologie. Vgl. dazu Endemann, a. a. O. I. S. 36.

[3]) §§ 134 ff.

[4]) Siehe unten S. 23 f.

[5]) So Endemann a. a. O. I. S. 35, S. 758 Note 7; Fuld, Das Mietrecht nach dem B.G.B. für das deutsche Reich (1898) S. 223—224; Hellwig, a. a. O. S 438; Dernburg, a. a. O. II, 2. S. 172; Naue, a. a. O. S. 85; Oertmann, a. a. O. Vorbemerkung b zn §§ 571—579: Neumann, a. a. O. Vorbemerkung I 2a 3 und II zu §§ 571—579: Niendorff, Mietrecht nach dem neuen Bürgerlichen Gesetzbuch 5. Auflage (1900) S. 194 Entsprechend auch Cosack a. a. O. II. S. 284 bezw. 289.

b.) Terminologie des B.G.B.

Die Behauptung eines dinglichen Charakters der Miete setzt sich ferner in Widerspruch zu der Terminologie des B.G.B.

Nach dem Sprachgebrauch des B.G.B. ist die Grundstücksmiete kein Recht an einem Grundstück, wie dies z. B. aus § 1821 Z. 1,3 gegenüber § 1822 Z. 4,5, aus Art.[1]) 188 II und § 9 II Z.V.G.[2]) hervorgeht[3]). Andererseits sind im B.G.B. alle Rechte an Grundstücken als dingliche Rechte und alle dinglichen Immobiliarrechte als Rechte an Grundstücken gefasst. Das B.G.B. trennt scharf zwischen dem Recht an dem Grundstück und dem obligatorischen Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung dieses Rechts — § 883 I, III. — Diese Rechte an einem Grundstück sind das Eigentum und die Belastungen des Grundstücks. Dies ergiebt sich aus der Ueberschrift des II. Abschnittes von Buch III „Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken“ mit Rücksicht darauf, dass in diesem Abschnitt nur vom Eigentum und von Belastungen des Grundstücks die Rede ist; andererseits zeigt dies § 875, der für die Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück die entsprechenden Vorschriften giebt wie § 873 für die Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück und die Belastung eines solchen mit einem Recht. Mit welchen Rechten ein Grundstück belastet werden kann, sagt das B.G.B. selbst in den §§ 1012, 1018, 1030, 1090, 1094, 1105, 1113, 1191, 1199. Diese Rechte sind — mit Ausnahme des Vorkaufsrechts, dessen dingliche Natur bestritten werden kann — dingliche Rechte, denn sie unterstellen eine Sache in bestimmtem Umfang der ausschliesslichen Verfügung eines Berechtigten, sie wirken gegen jeden Dritten — §§ 1017, 1027, 1065, 1068, 1090, 1093, 1113, 1191, 1199, § 47 K.O.[4]), § 10 Z.V.G —. Es sind mithin alle Rechte an einem Grundstück dingliche Rechte. Da ferner, wie schon hervorgehoben[5]), der Kreis der dinglichen Rechte geschlossen ist, das

---

[1]) Artikel ohne Zusatz sind solche des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

[2]) Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. III. 1897.

[3]) So auch Cosack a. a. O. II. S. 283. bezw. 288, dazu S. 286.

[4]) Konkursordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. V. 1898.

[5]) S. oben S. 8 f.

B.G.B. ausser dem Eigentum und den soeben angeführten Rechten, die ein Grundstück belasten, weitere dingliche Immobiliarrechte nicht kennt, und das B.G.B. diese Rechte als Rechte an einem Grundstück zusammenfasst, so sind auch alle dinglichen Immobiliarrechte im Sinne des B.G.B. als Rechte an Grundstücken zu verstehen [1][2].

Auch unter den Rechten an einer Sache können nur dingliche Rechte gefasst werden. Dies geht, soweit Rechte an unbeweglichen Sachen in Betracht kommen, aus dem soeben Gesagten hervor [3]. Dass aber auch die Rechte an beweglichen Sachen im B.G.B. dingliche Rechte sind, zeigen z. B. die §§ 945, 949, 950, nach denen bei Eintritt eines neuen Eigentümers die an der Sache bestehenden Rechte Dritter erlöschen. Solche Bestimmungen haben doch nur einen Sinn, wenn die Rechte an der Sache von vornherein gegen jeden Dritten wirken, also dingliche Rechte sind.

---

[1]) Da die Miete nicht ein Recht an einem Grundstück im Sinne des B.G.B. ist, und § 892 nur zu Gunsten desjenigen gilt, der ein Recht an einem Grundstück gutgläubig erwirbt, kommt dem Mieter, falls er in gutem Glauben den Vertrag mit einer Person abgeschlossen hat, die im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, in Wirklichkeit jedoch nicht Eigentümer ist, der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht zu statten. Dies behauptet Cosack, a. a. O. II. S. 283 bezw. 286 mit Recht als für den Mieter nachteilige Konsequenz der herrschenden Meinung. Entsprechend im Ergebnis: Mittelstein, a. a. O. S. 301, Oberneck, a. a. O. S. 210 u. 445. Auch der Schutz des § 893 kann dem Mieter in diesem Fall nicht zugesprochen werden, wie König, a. a. O., S. 44, 45 will, da unter einer Verfügung ein Rechtsgeschäft zu verstehen ist, durch welches unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, verändert oder aufgehoben wird, ein obligatorisches Rechtsgeschäft dagegen nur eine Verpflichtung zu einer Verfügung begründen kann; entsprechend: Planck, a. a. O. Vorbemerkung VIII 4 zu Buch I Abschnitt III; Neumann, a. a. O. Vorbemerkung 5a zu Buch I Abschnitt III; Fischer und Henle, a. a. O. Vorbemerkung zu Buch I. Abschnitt III.

[2]) Richtig ist es auch, wenn Cosack, a. a. O. S. 284 bezw. 288 bemerkt, dass bei Verneinung der Dinglichkeit dem Mieter der ausschliessliche Gerichtsstand des § 24 C.P.O. nicht gegeben sei. Dies vermag jedoch jedenfalls gegen die herrschende Meinung und für Cosacks Ansicht nichts zu beweisen, ganz abgesehen von der Frage, ob und inwieweit es als unzweckmässig anzusehen ist.

[3]) Abgesehen davon, dass der Sprachgebrauch des B.G.B. „Rechte an unbeweglichen Sachen" nicht kennt.

Dass weiterhin obligatorische Rechte vom B.G.B. nicht als Rechte an einer Sache gefasst werden, zeigt der Gegensatz der §§ 954 und 956, durch welche der Erwerb von Erzeugnissen und Bestandteilen seitens solcher Personen, die ein Recht an der Sache haben, anders behandelt wird als der Erwerb durch Personen, denen der Eigentümer die Aneignung gestattet hat[1]).

Noch in einer anderen Beziehung würde die Annahme eines dinglichen Charakters der Miete der Terminologie des B.G.B. widersprechen. Das Gesetz vermeidet eine Begriffsbestimmung der einzelnen Rechte. Es behandelt aber die dinglichen und obligatorischen Rechte insofern verschieden, als es die dinglichen Rechte bestimmt durch Bezeichnung der Art der Belastung — §§ 1012, 1018, 1030, 1094, 1105, 1113, 1191, 1199, 1204 —, die obligatorischen Rechte dagegen begrenzt durch Angabe des wesentlichen Inhalts des Rechtsgeschäfts oder durch Hervorhebung der aus ihm hervorgehenden Verpflichtungen bezw. Berechtigungen — z. B. §§ 433, 598, 611, 631, 662, 688, 705, 741, 759, 765, 793, 812, 823. — Auf diese zweite Art giebt das B.G.B. in § 535 die Bestimmung der Miete.

---

c.) Die Vorschriften des B. G. B. über Rechte an Grundstücken.

Die Annahme eines dinglichen Charakters der Miete würde weiter in Widerspruch stehen zu den Vorschriften des B. G. B. über Rechte an Grundstücken[2]).

---

[1]) Im Endergebnis übereinstimmend: Dernburg, Bürgerliches Recht II, 2 S. 171; Planck, a. a. O. Note 4 zu § 95: Strohal, Der Sachbesitz nach dem B.G.B. in Jherings Jahrbüchern Band 38, S. 36: Fischer und Henle, a. a. O. Note 6 zu § 95; Biermann, Sachenrecht, Kommentar, (1898) Vorbemerkung 4 zu Buch III. Anders: Eck, Allgemeiner Teil (1896) S. 27; Gierke, Fahrnisbesitz S. 37 Note 41; Cosack, a. a. O. I. S. 127; Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, I, S. 84; Skolny und Caro, Bügerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich, Kommentar, I, S. 95.

[2]) So Endemann, a. a. O. I. S. 759; Schollmeyer, a. a. O. S. 51: Crome, a. a. O. S. 8, 26.

Das B.G.B. verlangt zur Entstehnng eines Rechts an einem Grundstück durch Rechtsgeschäft Eintragung und lässt das Mietverhältnis zu solcher Eintragung nicht zu. Dagegen nehmen Cosack[1]) und Meisner[2]) an, dass hier das Gesetz eine Ausnahme von dem Prinzip der Eintragung der Rechte an Grundstücken mache. Cosack[3]) begründet seine Ansicht damit, dass auch die Rentenrechte aus §§ 912—918 nach §§ 914, II, 917, II, 2 von der Eintragung ausgeschlossen seien, mithin das Gesetz das Eintragungsprinzip nicht streng durchführe. Der Grundgedanke der Ausführungen von Meisner ist der: die erste Kommission habe allein ans Bedenken, die grundbuchrechtlichen Prinzipien entnommen waren, im ersten Entwurf den Satz „Kauf bricht nicht Miete“ und damit den dinglichen Charakter der Miete verneint, dann aber habe die zweite Kommission, dem Druck der öffentlichen Meinnng folgend, diese Bedenken gegenüber den wichtigsten Bedürfnissen des Wirtschaftslebens nicht für durchgreifend erachtet. — Der Einwand Cosacks ist nicht stichhaltig. Das B.G.B. statuiert das Prinzip des Eintragungszwanges — § 873, I — nnr für rechtsgeschäftliche Belastnngen des Grundstücks; die §§ 912 nnd 917 schaffen gesetzliche Eigentumsbeschränkungen. Es sind daher die §§ 914, II nnd 917, II nicht Ausnahmen von § 873, I. Soweit Rechtsgeschäfte hier in Frage kommen, nämlich Verzicht und Festsetzung der Höhe der Rente durch Vertrag, findet auch Eintragnng statt — § 914, II —[4]). Die Miete, nach Cosacks Ansicht als dingliches Recht gefasst, würde eine rechtsgeschäftliche Belastung darstellen. Es kann daher die Thatsache, dass die §§ 914, II und 917, II die Rentenrechte von der Eintragung ausschliessen, gar keine Analogie zu dem Ausnahmefall eines von der Eintragungspflicht befreiten dinglichen Mietrechts bilden, also auch keinen Grund für dessen Annahme abgeben. Doch angenommen, das B. G. B. fasste, entsprechend Cosacks Standpnnkt, die Vorschriften der §§ 914, II und 917, II als Ausnahmen von

---

[1]) A. a. O. II. S. 283 bezw. 288; v. Gerber-Cosack, a. a. O. S. 354.
[2]) A. a. O. Note 3 zu § 571.
[3]) A. a. O. II S. 283 bezw. 288.
[4]) Wie König, a. a. O. S. 32, 33 mit Recht hervorhebt, ohne jedoch die Konsequenz hinsichtlich der Cosack'schen Einwendung zu ziehen.

§ 873, I auf, dann würde hier ein besonderer Grund für diese Sonderbestimmung vorliegen, der für die Miete nicht zutreffen würde. Nach § 914, I soll das Recht auf die Rente allen, auch den älteren Rechten an dem belasteten Grundstück vorgehen; nach § 879 bestimmt sich der Rang der eingetragenen Rechte nach der Reihenfolge, bezw. dem Alter der Eintragung; nach § 880 kann ein Recht einen Vorrang vor bereits eingetragenen Rechten nur erhalten, wenn diese Berechtigten ihre Zustimmung geben. Es würde also, wenn man diese bevorrechtigten Renten hätte eintragungspflichtig machen wollen, zur Eintragung nicht nur die von § 873, I verlangte Einigung des Berechtigten und des anderen Teils, sondern auch die Zustimmung dritter Personen erforderlich gewesen sein. Und die Vorschrift des § 914, II, die für die Feststellung der Höhe der Rente und den Verzicht auf das Recht Eintragung verlangt, würde dann beweisen, das allein die Absicht, jene Schwierigkeiten zu vermeiden, für die Rentenrechte eine Ausnahme vom Eintragungszwang herbeigeführt hätte, somit eine entsprechende Behandlung anderer, nicht bevorzugter Rechte dem Sinn des Gesetzes widersprechen würde. — Die Begründung von Meisner trifft nicht zu. Die erste Kommission identifizierte allerdings die Frage, ob Kauf Miete brechen solle oder nicht, mit der Frage nach dem obligatorischen oder dinglichen Charakter der Miete[1]), weil sie diesen Satz stets im Sinne des preussischen Rechts fasste. Die zweite Kommission betrachtete jedoch den Satz „Kauf bricht nicht Miete“ nicht als Folge des dinglichen Charakters, sondern als einen besonderen Fall des gesetzlichen Eintritts in die Aktiv- und Passivseite eines Schuldverhältnisses[2]); sie erwähnt in den Protokollen mit keinem Wort, dass sie durch Anerkennung eines dinglichen und von der Eintragung befreiten Mietrechts eine Ausnahme von dem Prinzip des Eintragungszwanges gemacht habe; und gerade die Strenge, mit der die Kommission den Eintragungszwang als Grundlage der Sicherheit des Realkredits durchführt, lässt die Annahme, als habe sie, ohne ein Wort darüber zu verlieren, dieses Prinzip durchbrochen, als durchaus haltlos erscheinen[3]).

[1]) Motive II. S. 385.
[2]) Siehe unten S. 23 ff.
[3]) Crome, a. a. O. S. 26.

Noch in einer anderen Beziehung würde man zu den Grundsätzen des B.G.B. über Entstehung von Sachenrechten in Widerspruch treten. Nach §§ 873, 929, 1031, 1204 gelangt ein Sachenrecht zur Entstehung durch Einigung, zu der als Publizitätsmittel Eintragung bezw. Uebergabe hinzukommen muss. Von diesem Erfordernis der Einigung kennt das B.G.B. keine Ausnahme. Wenn nun, wie Cosack, Meisner, Fuchs und Scherer behaupten, die Grundstücksmiete nach Ueberlassung an den Mieter dinglichen Charakter annähme, so würde ein dingliches Recht zur Entstehung gelangen ohne das eine dieser beiden Momente, ohne die Einigung; und während sonst, bevor nicht beiden Erfordernissen genügt ist, das Recht noch nicht vorhanden ist, vielleicht ein Anspruch auf dessen Einräumung, würde hier das Recht, allerdings anderer juristischer Natur, schon gegeben sein. Eine solche Reminiszenz aus dem preussischen Recht, nach dem jedes Nutzungsrecht durch Besitzerlangung dinglich wird, entbehrt für das B. G. B., das einen derartigen Grundsatz nicht kennt, der Berechtigung.

Das Gesetz knüpft ausserdem die Entstehung eines Rechts an einem Grundstück niemals an die Ueberlassung des Besitzes, dieser ist Publizitätsmittel nur bei beweglichen Sachen. Die Ueberlassung des Besitzes ist als Publizitätsmittel in vorliegendem Fall auch ganz ungeeignet[1]. Ein solches muss dauernd sein; die §§ 571—577 verlangen jedoch nicht, dass der Mieter sich dauernd im Besitz des Grundstücks befindet, sondern nur, dass ihm der Besitz überlassen, d. h. der Mieter thatsächlich in den Stand gesetzt ist, von der Sache den vertragsmässigen Gebrauch machen zu können[2]. Ausserdem vermag der Einzug des Mieters in keiner Weise die besonderen Verpflichtungen des Vermieters erkennbar zu machen. Der Erwerber tritt nicht nur in die naturalia negotii, die dem Vermieter gesetzlich obliegenden Pflichten ein, er muss alle Bestimmungen des Mietvertrages, auch die nachträglichen gültigen Beredungen, gleichgültig, ob mündlich oder schriftlich, gegen sich gelten lassen[3]. Die Ausführungen der Denkschrift[4], die als

---

[1]) Crome, a. a. O., S. 32—38.

[2]) Mittelstein, a. a. O., S. 93, 266.

[3]) So Crome, a. a. O., S. 36; Planck, a. a. O., Note 3a zu § 571; Oertmann, a. a. O., Note 3 zu § 571.

[4]) Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (1896) S. 77.

Zweck dieser Vorschrift Sicherung der Erkennbarkeit des Mietvertrages für den Erwerber angiebt, können das Erfordernis fortdauernden Besitzes nicht begründen gegen den Wortlaut des Gesetzes und die Thatsache, dass eine Einsicht in die Vertragsbedingungen, auf die es doch dem Erwerber hauptsächlich ankommt, dadurch nicht ermöglicht wird. Zudem würde der Hauptzweck dieser Bestimmung, den Mieter zu schützen, wesentlich beeinträchtigt werden, wenn der Mieter z. B. durch gewaltsame Entsetzung die Rechte aus den §§ 571 ff verlieren sollte[1]).

Die Annahme dinglichen Charakters der Miete steht auch insofern in Widerspruch zu den Vorschriften des B.G.B. über Rechte an Grundstücken, als bei Kollision mit anderen Rechten das Recht des Mieters nicht das Verhalten eines dinglichen Rechts zeigt, nicht als solches vom B.G.B. und seinen Nebengesetzen behandelt wird. Das Recht des Mieters müsste, sofern der Mieter den Gebrauch erlangt hat, gegen alle nach der Ueberlassung entstandenen Rechte am Grundstück sowie gegen alle obligatorischen Ansprüche durchdringen.

Dies ist jedoch nicht der Fall.

So müsste in der Zwangsvollstreckung das Mietrecht bestehen bleiben, wenn die Versteigerung auf Betreiben solcher Gläubiger des Vermieters erfolgte, die nach der Besitzüberlassung eingetragen oder überhaupt nicht eingetragen sind — §§ 44, 52 Z.V.G. — Dies hat aber das Gesetz prinzipiell abgelehnt. Nach § 57 Z.V.G. tritt zwar der Ersteher in das Mietverhältnis gemäss §§ 571, 572, 573, 1, 574, 575 ein, erhält aber im Regelfall das Recht, unter Einhaltung der gesetzlichen Frist das Mietverhältnis zu kündigen, also seinerseits einseitig das Recht des Mieters aufzuheben, ohne

[1]) Mit dem Ergebnis übereinstimmend: Dernburg, Bürgerliches Recht II, 2 S. 174; Planck, a. a. O. Note 2 zu § 571; Crome, a. a. O., S. 34—35; Neumann, a. a. O., Note I 5 zu § 571; Leske, a. a. O., S. 237; Mittelstein, a. a. O., S. 269; Cosack, a. a. O., II S. 281 bzw. 286; Niendorff, a. a. O., S. 195; Fuld, a. a. O., S. 208—209, nur mit Einschränkungen; Borcherdt, a. a. O., S. 99; Naue, a. a. O., S. 74; Windscheid-Kipp, a. a. O. II S. 684. Anders: Fischer und Henle, a. a. O., Note 2 zu § 571; Scherer, a. a. O. S. 770; Jäckel, Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (1897) Note 1 zu § 57; Friderici, a. a. O., S. 87; Hellwig, a. a. O., S. 425.

Rücksicht auf die Rangstellung des betreibenden Gläubigers gegenüber dem Mieter und auf die Natur seines Rechts. Das Recht des Mieters ist also nicht wirksam. Die Thatsache, dass der Ersteher eine Kündigungsfrist einhalten muss, kann nicht als eine eingeschränkte dingliche Wirkung des Mietrechts gefasst werden[1]). Dies würde dem Begriff des dinglichen Anspruchs durchaus widersprechen [2]); wie wenig eine solche Bestimmung mit dem Charakter des durch sie betroffenen Rechts zusammenhängt, zeigt auch der Umstand, dass der erste Entwurf, der dem Recht des Mieters die Wirksamkeit gegen jeden Erwerber des Grundstücks und gegen dinglich Berechtigte wegen der obligatorischen Natur der Miete ausdrücklich versagte, in § 509 diese Vorschrift aufgenommen hatte. Nur ausnahmsweise, kraft einer Klausel des Veräusserungsvertrages, deren Aufnahme wiederum an besondere Voraussetzungen gebunden ist, erfolgt der Eintritt des Erstehers. Es kann der Mieter, der nach §§ 9, 2, 41, III Z.V.G. zu den am Verfahren Beteiligten gehört, wenn er das Mietrecht beim Vollstreckungsgericht anmeldet und ev. glaubhaft macht, auf Grund von § 59 Z.V.G. eine abweichende Feststellung der Versteigerungsbedingungen, z. B. Eintritt des Erstehers in die Rechte und Pflichten des Vermieters für die volle Dauer des Vertrages verlangen. Der Aufnahme dieser Klausel in die Versteigerungsbedingungen steht nichts entgegen, wenn durch diese Abweichung das Recht eines anderen Beteiligten nicht beeinträchtigt wird. Ist dies aber der Fall, so ist deren Zustimmung erforderlich — § 59, I, 2 Z.V.G. —; und wenn nicht feststeht, ob das Recht durch die Abänderung beeinträchtigt wird, so ist das Grundstück mit der verlangten Abweichung und ohne sie auszubieten — § 59, II Z.V.G. —

Ein zweiter Fall, in dem der dingliche Charakter der Miete sich zur vollen Wirksamkeit entfalten müsste, ist im Konkurs gegeben. Wäre die Miete ein dingliches Recht, so dürfte sie durch die freiwillige Veräusserung des Grundstücks seitens des Konkurs-

[1]) Entsprechend Cromo, a. a. O., S. 48 ff. Cosack, a. a. O. II S. 293 sieht in dem Verhalten der Miete bei der Zwangsversteigerung eine dingliche Wirkung und betont besonders, dass sie ohne Rücksicht darauf, ob der Antragsteller vor- oder nachgeht, dem Ersteher gegenüber wirksam sei. Aus dem Kündigungsrecht des Erstehers folgt ferner nach seiner Meinung nicht, dass dem Mieter ein dingliches Recht fehlt.

[2]) Vgl. oben S. 4 ff.

verwalters nicht berührt werden; es müsste der Erwerber wie eine Dienstbarkeit oder einen Niessbrauch so auch die Miete in ihrer durch die Besitzüberlassung bestimmten Rangstellung übernehmen. Es wird jedoch in § 21, III K.O. dem Erwerber das gleiche Kündigungsrecht gegeben wie dem Ersteher in der Zwangsversteigerung, die Fortdauer des Mietrechts über den Zeitraum der gesetzlichen Kündigungsfrist hinaus also von seinem Willen abhängig gemacht. Dagegen bleiben auch die nach der Besitzüberlassung entstandenen dinglichen Rechte erhalten.

Als weiterer Gesichtspunkt gegen die Dinglichkeit der Miete wird geltend gemacht der Umstand, dass der Erwerber für die Erfüllung der während der Dauer seines Eigentums sich ergebenden Vertragspflichten persönlich mit seinem ganzen Vermögen haftet, nicht nur mit dem Grundstück, wie sonst bei einem dinglichen Recht [1]). Hiergegen bemerkt Cosack [2]), dass in § 1108 für die Reallast die Haftung des jeweiligen Grundstückseigentümers mit seinem ganzen Vermögen gleichfalls vorgeschrieben ist. Dies ist insoweit richtig, als bei der Reallast nach § 1108 der Eigentümer auch persönlich haftet, jedoch nur für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen, nicht für die Reallast selbst; für diese haftet nur das Grundstück — § 1105 —. Der Erwerber dagegen tritt nach § 571 in sämtliche sich aus dem Mietverhältnis während der Dauer seines Eigentums ergebenden Pflichten ein. Auf den Erwerber gehen weiter im Gegensatz zu den Bestimmungen für die Reallast auch die Rechte über, und während bei der Reallast die Haftung des früheren Eigentümers, abgesehen natürlich von rückständigen Leistungen, mit der Veräusserung aufhört, dauert nach § 571, II die Haftung des Veräusserers für die Leistungen nach der Veräusserung unter Umständen fort, ein weiteres Moment, welches die Konstruktion der in Rede stehenden Rechtsverhältnisse der Reallast prinzipiell entgegensetzt. Neben der den ganzen Umfang der Verpflichtungen des Vermieters umfassenden persönlichen Haftung kann eine dingliche aus dem Grunde nicht angenommen werden, weil ein Recht nicht zugleich das

---

[1]) So Schollmeyer, a. a. O., S. 52; Neumann, a. a. O., Vorbemerkung II zu §§ 571—579, Note II 3 zu § 571; Crome, a. a. O., S. 41.

[2]) A. a. O., II S. 283 bezw. 288; entsprechend Fuchs, Grundbuchrecht S. 35.

Grundstück dinglich und den Eigentümer persönlich verpflichten kann. Wenn der Eigentümer eines Grundstücks für den ganzen Umfang der Belastung zugleich persönlich haftet, z. B. der Hypothekenschuldner auch der persönliche Schuldner ist, dann liegen zwei vom B.G.B. scharf getrennte Rechtsverhältnisse vor.

Endlich sei nur kurz darauf hingewiesen, dass nach der Annahme von Cosack, Meisner, Fuchs und Scherer der Grundstücksmiete eine andere rechtliche Natur zukommen würde als der Miete beweglicher Sachen. Diese ausserordentlich auffallende Thatsache würde im B.G.B. allein dastehen und etwa durch die verschiedene Bedeutung beider Arten der Miete nicht gerechtfertigt werden können.

III.

Die obligatorische Natur der Miete und der Schutz des Mieters gegen Dritte.

1.

Bedeutung des Schutzes des Grundstücksmieters für den rechtlichen Charakter der Miete.

I. Der Streit über die rechtliche Natur der Miete im Bürgerlichen Gesetzbuch hat zum Ausgangspunkt die Regelung des Verhältnisses des Mieters zum Erwerber und dinglich Berechtigten. Das römische und gemeine Recht, verschiedene deutsche Partikularrechte, das A.L.R. bestimmen die Stellung des Mieters diesen Personen gegenüber in der Weise, dass sie bei Annahme dinglichen oder obligatorischen Charakters der Miete dem Mieter jeweils unmittelbare Rechte gegen diese Personen zuerkennen oder nicht.

Das römische Recht in seiner strengen Auffassung der Obligation als eines iuris vinculum[1]) kennt einen selbständigen Schutz des Mieters gegen den neuen Erwerber auf Grund des Mietrechts nicht. Aus dem Mietverhältnis geht für den Mieter allein die

[1]) pr. J. de obl. 3, 13.

actio conducti gegen den Vermieter hervor[1]); sie wird begründet durch Nichterfüllung der Verpflichtungen seitens des Vermieters. Die wichtigste vertragsmässige Verpflichtung des Vermieters ist die Gewährung, also die Ueberlassung und Belassung des Gebrauchs. Diese verletzt der Vermieter, sofern er die Sache veräussert, und der neue Eigentümer dem Mieter die Benutzung entzieht. Es hat daher der Vermieter im Fall der Veräusserung den Erwerber zu verpflichten, den Mieter für die Dauer seines Vertrages in der Wohnung zu belassen. Thut der Vermieter dies nicht, so hat der Mieter gegebenen Falles die actio conducti gegen ihn[2]). Auf Grund des Vertrages mit dem Veräusserer ist der Erwerber nur dem Vermieter gegenüber verpflichtet, dem Mieter den Besitz zu lassen, dem Mieter gegenüber ist er nicht gebunden; kraft seines dinglichen Rechts kann er ihn austreiben: „Kauf bricht Miete“. Thut er dies, kommt er der dem Vermieter gegenüber übernommenen Verpflichtung nicht nach, so steht dem Mieter gegen ihn ein Recht auf Grund des Mietverhältnisses nicht zu[3]). Der Mieter kann sich nur gegen den Vermieter mit der actio conducti wenden[4]), und der Vermieter wieder mit der actio venditi gegen den Erwerber Regress nehmen. Bestellt der Eigentümer ein dingliches Recht an der vermieteten Sache z. B. einen Niessbrauch, so gestalten sich die Verhältnisse entsprechend[5]). Das gemeine Recht bleibt grundsätzlich auf dem Standpunkt des römischen Rechts stehen und ändert dieses nur in

---

[1]) l. 15 § 1 D. loc. cond. 19, 2.

[2]) l. 25 § 1 D. loc. cond. 19, 2. Entsprechend für den Legatar l. 32. D. loc. cond. 19, 2.

[3]) So Windscheid, a. a. O. II. § 400 Anm. 7; v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl. III. § 643, Anm. 2 Ziffer 1; Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl. II. S. 760 Anm. 44; Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, 3. Aufl. II. § 118, dazu Anm. 117: Träger, Ueber die Rechtsparömie „Kauf bricht Miete“ in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, N. F. Bd. 18, S. 58, 71, Anm. 11: Fischer, Soll Kauf Pacht und Miete brechen? Gutachten zum XIX. Deutschen Juristentage, Separatausgabe (1888) S. 12; Eck, Gutachten. Verhandlungen des XIX. Deutschen Juristentages. Band 2, S. 4.

[4]) l. 25 § 1 D. h. t.; l. 32 D. h. t.: Dernburg, Pandekten II, S. 308; Ziebarth, a. a. O., S. 146; v. Vangerow a. a. O., § 643 Anm. 2 Ziffer 2: Fischer, a. a. O. S. 13.

[5]) l. 59 § 1 D. de usufructu 7, 1.

der Einzelanwendung der Praxis zu Gunsten des Mieters. Aus dem Mietverhältnis gehen für den Mieter Rechte gegen den Erwerber nicht hervor; jedoch wird z. B. je nach der Stellungnahme zu der allgemeinen Frage nach der direkten Wirkung der Verträge zu Gunsten Dritter für diese Dritten aus der Verabredung zwischen Vermieter und Erwerber, dass der Mieter wohnen bleiben solle, für den Mieter ein Recht gegen den Erwerber abgeleitet [1]), oder ihm ein unmittelbarer Anspruch versagt [2]). Die Mehrzahl der deutschen Partikularrechte entscheidet die Frage, ob der Erwerber an die Mietverträge des Veräusserers gebunden ist, zu Gunsten des Mieters, sofern es sich um ein Grundstück handelt, und dieses zum Gebrauch übergeben ist, und zwar ist, wie schon hervorgehoben, der Satz „Kauf bricht nicht Miete“ in einer Reihe von ihnen die Folge der dinglichen Natur der Miete. Von den neueren Gesetzgebungswerken haben das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch vom 1. IV. 1811 und das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch vom 2. I. 1863 sich am engsten an das gemeine Recht angeschlossen und in Konsequenz zu ihrer Auffassung der Miete als obligatorischen Rechts bestimmt, dass bei freiwilliger Veräusserung, falls das Recht des Mieters nicht eingetragen ist, der Mieter nach gehöriger Aufkündigung dem Käufer weichen muss [3]). Nach A.L.R. I, 21, § 2 hat ein Gebrauchs- oder Nutzungsrecht im Falle des Besitzes des Berechtigten die Eigenschaft eines dinglichen Rechts, wirkt also nach § 3 eod. gegen jeden neuen Eigentümer, der sein Recht vom Besteller des Gebrauchs- oder Nutzungsrechts herleitet. Ausserdem bestimmt das A.L.R. I, 21, § 358 noch besonders, dass durch einen freiwilligen Verkauf in den Rechten und Pflichten des Vermieters nichts geändert wird.

---

[1]) So Unger, Die Verträge zu Gunsten Dritter in Jherings Jahrbüchern Bd. X, S. 21 Anm. 25; Bähr, Ueber die sogenannten Verträge zu Gunsten Dritter in Jherings Jahrbüchern, Bd. VI S. 182; Jhering, Passive Wirkungen der Rechte in Jherings Jahrbüchern, Bd. X, S. 568 Note 19; Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in den deutschen Staaten XXV, 102; XXVIII, 22; XXXII, 318.

[2]) Busch, Doktrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter (1860) S. 67; vgl. auch oben, S. 20 Note 3.

[3]) Österreichisches Bürgerliches Gesetzbuch § 1120; Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch § 1225.

So lag es denn nahe, auch für das B.G.B. anzunehmen, dass die Regelung des Verhältnisses des Mieters zum Erwerber und dinglich Berechtigten die rechtliche Natur der Miete bestimme, dass je nachdem dem Mieter ein unmittelbares Recht gegen diese Personen gegeben oder versagt sei, die Miete als dingliches oder als obligatorisches Recht gefasst werden müsse[1]), dass also mit dem obligatorischen Charakter der Miete die Thatsache eines unmittelbaren Schutzes des Mieters gegen den Erwerber und dinglich Berechtigten nicht zu vereinbaren sei. Es ist jedoch nicht an dem. Durch die Vorschriften der §§ 571 ff. hat der Gesetzgeber weder ein dingliches Recht schaffen wollen noch geschaffen, den obligatorischen Charakter des Mietrechts weder ändern wollen noch geändert.

II. Der erste Entwurf hatte in § 509 den Grundsatz „Kauf bricht Miete" aufgenommen, etwas abgeschwächt durch das Recht des Mieters, bis zum Ablauf der gesetzlichen bezw. vertragsmässigen Kündigungsfrist seit Aufforderung zur Räumung das Grundstück vertragsmässig gebrauchen zu dürfen. Diese Bestimmung fand sich in § 510 entsprechend auf das Verhältnis des Mieters zum dinglich Berechtigten angewendet. Nach den Motiven[2]) hatte sich die Kommission von den Erwägungen leiten lassen, dass durch die Anerkennung des Grundsatzes „Kauf bricht Miete" im Sinne des preussischen Rechts ein neues dingliches oder mindestens auch gegen Sondernachfolger wirkendes Recht geschaffen werden würde, das dann ins Grundbuch eingetragen werden müsste und so zu einer schädlichen Ueberfüllung des Grundbuchs führen würde. Die Art der Regelung des Grundsatzes im preussischen Recht, das ein dingliches Mietrecht ohne Eintragung anerkennt, erschien der Kommission mit dem Prinzip des Grundbuchrechts nicht vereinbar und auch deshalb bedenklich, weil es mit dem vom Entwurf nicht anerkannten Prinzip des preussischen Rechts zusammenhängt, dass jedes Recht zur Sache durch Erwerb des Besitzes zum dinglichen sich gestaltet.

Die Stellungnahme des Entwurfs fand lebhaften Widerspruch; und zwar richtete sich die Mehrzahl der Angriffe nicht von vorn herein gegen die obligatorische Natur der Miete, sondern gegen

[1]) So z. B. Meisner, a. a. O. Note 3 zu § 571.
[2]) II. S. 384—385.

den Satz „Kauf bricht Miete“ [1]), den man allerdings zum grössten Teil als ausschlaggebendes Moment für die juristische Natur der Miete auffasste, mit dessen Beseitigung man den obligatorischen Charakter der Miete aufzuheben meinte. Der Unterschied der sozialen Stellung des Mieters in Rom [2]) und bei uns, die Notwendigkeit des Schutzes des wirtschaftlich Schwächeren verbiete, so führte man aus, die Herübernahme des römisch-rechtlichen Grundsatzes „Kauf bricht Miete“, dessen nachteilige Folgen für unser Wirtschaftsleben sein würden Wohnungsnot und städtisches Nomadentum, Häuserspekulation und Mietwucher, Verschwendung von Geld, Zeit und Mühe durch die Umzüge, Gefährdung der Stellung der Geschäftsleute und Pächter: in allem Schädigung des Mieters, der durch Regressklagen gegen den Vermieter nicht genügend geschützt werde [3]).

Ueber die rechtliche Gestaltung gingen dann die Ansichten auseinander. Die Vertreter des Systems des Allgemeinen Landrechts [4]) forderten Dinglichkeit des Mietrechts mit vollem petitorischen und possessorischen Schutz. Die Romanisten behielten den persönlichen Charakter der Miete bei, forderten jedoch eine Ausdehnung der Räumungsfrist auf längere Zeit [5]), oder Eintritt des Erwerbers in die Obligation [6]), bezw. Uebergang der Rechte und Pflichten des Vermieters nach den Grundsätzen der Cession und der Verträge zu Gunsten Dritter [7]). Die Germanisten endlich empfahlen die Miete nach Analogie derjenigen Sachenrechte, „welche zwar eine Sache zum Gegenstand, aber eine Handlung des Eigentümers zum Inhalt haben — Reallasten —“, als Realobligation zu konstruieren [8]).

---

[1]) So z. B. der XIX. Deutsche Juristentag durch Beschluss der zweiten Plenarsitzung vom 13. IX. 1888.

[2]) Charakteristisch für diese l. 25 § 1 D. 41, 2.

[3]) Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen zu dem Entwurf eines B.G.B. (1890) II. S. 244.

[4]) So Klöppel, Jakobi, Jaekel, Kindel und Fischer — später mit einigen Erweiterungen. — Gutachtliche Aeusserungen II. S. 254.

[5]) So Eck, ebenda S. 255.

[6]) So Jhering, ebenda S. 255; Boyens, ebenda S. 255—256, 265—267.

[7]) So Bähr, ebenda S. 255.

[8]) So Brunner, Gierke, ebenda S. 257.

Die zweite Kommission[1]) erkannte die gegen den Grundsatz „Kauf bricht Miete“ geltend gemachten Bedenken als begründet an. Den vorgeschlagenen Aenderungen des juristischen Charakters der Miete gab sie nicht nach, sie beschränkte sich auf die Beseitigung des Satzes „Kauf bricht Miete“. Dabei liess sie sich neben der Rücksicht darauf, dass dieser Grundsatz in den Gebieten des preussischen und französischen Rechts schon galt, von der praktischen Erwägung leiten, dass namentlich bei der Miete von Geschäftsräumen für ein Erwerbsgeschäft und bei der Pacht von Landgütern und gewerblichen Unternehmungen für den Mieter und Pächter ein grosses Interesse besteht, für die Dauer der vereinbarten Miet- und Pachtzeit gegen Austreibung thunlichst gesichert zu sein[2]). Meinungsverschiedenheiten ergaben sich jedoch darüber, in welcher Weise dem Satz „Kauf bricht nicht Miete“ Ausdruck verliehen werden sollte. Die Kommission beschloss zuletzt, an den Erwerb des Grundstücks kraft Gesetzes den Eintritt des Erwerbers in die aus dem Mietverhältnis sich ergebenden Rechte und Verbindlichkeiten zu knüpfen. Die Kommission[3]) erblickte in einem solchen Eintritt in die Aktiv- und Passivseite eines Schuldverhältnisses eine Anomalie gegenüber dem System des Entwurfs, aber diese Anomalie war nach ihrer Meinung nicht zu umgehen, da eine andere Konstruktion der durch Aufnahme des Satzes „Kauf bricht nicht Miete“ herbeigeführten Rechtslage ihr nicht möglich erschien. Es hat also die zweite Kommission den jetzigen § 571 als Ausnahmevorschrift in das Gesetzbuch aufgenommen. Daraus geht hervor einmal, dass sie ihn nicht als Folge der rechtlichen Natur der Miete, also nicht im Sinn des preussischen Rechts fasste, andererseits, dass sie im Gegensatz zu der ersten Kommission, die den Standpunkt des preussischen Rechts teilte, die Frage, ob Kauf Miete brechen solle oder nicht, mit der Frage nach dem obligatorischen oder dinglichen Charakter der Miete nicht identifizierte, also durch Aufnahme des Satzes „Kauf bricht nicht Miete“ die rechtliche Natur der Miete nicht verändern wollte. Sie gedachte auch in den Beratungen über die Einführung dieses Satzes mit keinem

[1]) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Druckausgabe II. S. 134, 141.

[2]) Protokolle II. S. 137—140

[3]) Protokolle II. S. 137—140.

Wort einer damit in Verbindung stehenden Veränderung des allgemeinen Charakters der Miete gegenüber dem ersten Entwurf, es kam ihr allein an auf eine zweckentsprechende Durchführung des Schutzes des Mieters gegenüber dem Erwerber der Mietsache. Die Durchführung des gleichen Schutzes gegenüber dem dinglich Berechtigten im Gegensatz zu § 510 des ersten Entwurfs erschien der Kommission mit Recht als die Konsequenz der Veränderung des § 509.

2.

Die Konstruktion der Rechtsverhältnisse aus §§ 571, 577.

Entscheidend ist auch gegenüber der Absicht der Gesetzgeber das Gesetz selbst. Und dieses hat dadurch, dass es dem Mieter ein unmittelbares Recht gegen Erwerber und dinglich Berechtigte gewährte, die obligatorische Natur der Miete in nichts geändert; die Thatsache, dass einer Vertragspartei Rechte gegen Dritte erwachsen, ist mit dem Begriff der Obligation sehr wohl vereinbar.

Der Erwerber und der dinglich Berechtigte in dem Fall, dass durch die Ausübung des Rechts dem Mieter der vertragsmässige Gebrauch entzogen wird — §§ 571, 577 I, entsprechend § 579 — treten in das Schuldverhältnis ein. Der Eigentümer und der dinglich Berechtigte bekommen als solche ohne weiteres mit ihrem Recht die Rechte und Pflichten des Vermieters [1]). Es handelt sich hier um ein mit dem jeweiligen Eigentum am Grundstück verknüpftes Schuldverhältnis [2]), um eine Obligation, in der

---

[1]) In diesem Sinn Dernburg, Bürgerliches Recht II, 2, S. 172; Oertmann, a. a. O. Note 2 b. zu § 571; Crome, a. a. O. S. 23; Mittelstein a. a. O. S. 271; Planck, a. a. O. Note 3b 3 zu § 571; Neumann, a. a. O. Note II 2 zu § 571; Leske, a. a. O. S. 237; Schollmeyer, a. a. O. S. 52; Windscheid-Kipp, a. a. O. II. 684, Borcherdt, a. a. O. S. 99 f; Hellwig, a. a. O. S. 426: die Mietverpflichtung ruht auf dem Grundstücke, sie ist eine dinglich radizierte, eine Zustandsobligation, jedoch in beschränkterem Sinne als die Reallast; Achilles, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz (1896) Note zu § 571 nimmt an, dass zwischen dem Erwerber und dem Mieter ein neues Rechtsverhältnis mit dem Inhalt des bisherigen Mietvertrages begründet wird, ähnlich dem § 1108.

[2]) So Schollmeyer, a. a. O. S. 52.

die eine Partei der jeweilige Grundstückseigentümer ist[1]). Der Erwerber tritt mithin vollständig an die Stelle des Vermieters, er übernimmt dessen sämtliche Rechte und Pflichten, mögen sie auf dem ursprünglichen Mietvertrage oder auf späteren gültigen Beredungen beruhen. Der Vermieter scheidet — abgesehen von der Ausnahme des § 571 II 1 — aus dem Schuldverhältnis aus. Auch der dinglich in dem Umfang Berechtigte, dass durch Ausübung des Rechts das vertragsmässige Gebrauchsrecht des Mieters ausgeschlossen wird, tritt in die Obligation ein, so lange sein Recht währt, er übt die Rechte und Pflichten des Vermieters für die Dauer seiner Berechtigung in vollem Umfange aus. Der Vermieter wird aber durch Eintritt des dinglich Berechtigten aus dem Schuldverhältnis nicht entlassen, sondern seine Rechte und Pflichten werden für die Zeit der Berechtigung zu Gunsten des dinglich Berechtigten aufgehoben[2]). Der Gesichtspunkt, dass nach § 577 das Prinzip des § 571 nicht schlechthin, sondern nur entsprechend angewendet werden soll, und die Erwägung, dass bei völliger Aufhebung der Verpflichtungen des Vermieters im Fall der Endigung des dinglichen Rechts während der Dauer der Miete dem Mieter niemand mehr als Verpflichteter gegenüber stehen würde, diese Momente zwingen zu der Annahme, dass der dinglich Berechtigte nicht an die Stelle des Vermieters, sondern vor diesen tritt, dass der Vermieter mit dem Eintritt eines dinglich Berechtigten, auch abgesehen von dem Fall des § 571 II 1, aus dem Schuldverhältnis nicht ausscheidet. Es würde ja sonst, z. B. beim Tod des Niessbrauchers, dem Mieter ein Rückgriff auf den nach § 571 I, II 2 befreiten Vermieter unmöglich sein, ein Ergebnis, das der Absicht des Gesetzes, dem Zweck dieser Bestimmungen durchaus wider-

[1]) Dieser Eintritt des Erwerbers in alle Rechte und Pflichten des Vermieters ist nicht als gesetzliche Forderungs- und Schuldübernahme zu konstruieren — wie Scherer a. a. O. S. 770, 771 behauptet. — Wie die Protokolle II S. 139 mit Recht hervorheben, würde die gesetzliche Cession den Uebergang der nicht in Forderungen bestehenden Rechte des Vermieters nicht erklären und dem Prinzip des § 573 widersprechen, nach dem, von gewissen Ausnahmen abgesehen, Vorausverfügungen des Vermieters über die Mietzinsforderung dem Erwerber gegenüber unwirksam sind, — ebenso Denkschrift S. 77. — Nach § 398 aber tritt der Cessionar als neuer Gläubiger an Stelle des bisherigen; dies ist nur dann möglich, wenn der Cedent noch Gläubiger ist.

[2]) Entsprechend Oertmann, a. a. O. Note 1 a. 3 zu § 577.

sprechen würde. Hat die Ausübung des dinglichen Rechtes nicht, wie bisher angenommen wurde, die Aufhebung, sondern nur eine Beschränkung des Mieters in dem vertragsmässigen Gebrauch zur Folge, so bleiben die Rechte und Pflichten des Vermieters in vollem Umfang bestehen, der dinglich Berechtigte tritt nur teilweise in die Passivseite der Obligation ein. Das vertragsmässige Gebrauchsrecht wirkt gegen den dinglich Berechtigten unmittelbar in dem Anspruch auf Unterlassung der Ausübung des Rechts, soweit hierdurch der vertragsmässige Gebrauch des Mieters beeinträchtigt werden würde — §§ 571 II, 577 II, entsprechend § 579 —.

Ein solcher Eintritt in ein Schuldverhältnis steht nicht im Widerspruch zu dem Begriff der Obligation; es findet sich auch im Gesetz eine Reihe ähnlicher Thatbestände.

Ein Schuldverhältnis ist nach § 241 ein rechtliches Verhältnis zwischen Personen, kraft dessen die eine als Gläubiger berechtigt ist, von der anderen als Schuldner eine Leistung zu fordern. Das obligatorische Recht richtet sich also nicht wie das dingliche gegen jedermann, sondern gegen eine bestimmte einzelne Person oder eine bestimmte Mehrheit einzelner Personen. Die Art der Bestimmung kann nun verschieden sein: entweder sind die Personen für die ganze Dauer des Schuldverhältnisses von vornherein bestimmt, oder es sind nur gewisse rechtliche Voraussetzungen festgelegt, und es ist jeder verpflichtet oder berechtigt, bei dem diese zutreffen, sodass also ein Wechsel der Personen kraft dieser Bestimmung möglich ist.

Schon das römische Recht kennt solche Obligationen, durch welche die jeweils in einem bestimmten Verhältnis stehende Person verpflichtet wird[1]). Zu ihnen gehören ausser den Noxalansprüchen, der mit der servitus oneris ferendi verbundenen Reparaturpflicht hauptsächlich die actiones in rem scriptae[2]); sie werden vom römischen Recht als actiones in personam gefasst[3]).

Auch das B.G.B.[4]) enthält solche Obligationen, in denen die Stellung des Gläubigers oder Schuldners in der Weise an ein

[1]) Windscheid, a. a. O. II. S. 115.

[2]) Windscheid, a. a. O. I. S. 105; Dernburg, Pandekten I. S. 302.

[3]) Dies zeigt für die wichtigste von ihnen, die actio quod metus causa, § 31 J. de act. 4, 6.

[4]) Vgl. auch Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten, Festgabe der juristischen Fakultät Halle für Heinrich Dernburg. (1900) S. 164—168

bestimmtes Verhältnis geknüpft ist, dass jeder, der in dieses Verhältnis eintritt, Gläubiger oder Schuldner wird. Nach § 793 kann der Inhaber der Schuldverschreibung auf den Inhaber von dem Aussteller die Leistung verlangen. Nach § 999 I kann der Besitzer für die Verwendungen eines Vorbesitzers, dessen Rechtsnachfolger er geworden ist, in demselben Umfang Ersatz fordern, in dem ihn der Vorbesitzer verlangen konnte. Nach § 991 II hat der Eigentümer trotz guten Glaubens des Besitzers gegen diesen die Ansprüche wegen Verschuldens in dem Umfang, in dem sie der mittelbare Besitzer gegen den Besitzer hat. Diese Personen treten in die Aktivseite des Schuldverhältnisses ein. Zahlreicher noch sind die Fälle des Eintritts in die Passivseite eines Schuldverhältnisses. So trifft z. B. nach § 816, I, 2 bei unentgeltlicher Verfügung eines Nichtberechtigten die Verpflichtung zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten denjenigen, der durch die Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat. Ferner wendet sich nach § 822 der Anspruch auf Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Drittempfänger, dem der erste Empfänger das Erlangte unentgeltlich zugewendet hat, soweit infolgedessen die Verpflichtung des Empfängers zur Herausgabe der Bereicherung ausgeschlossen ist. Der Dritte ist zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn er selbst die Zuwendung von dem Gläubiger ohne rechtlichen Grund erhalten hätte. Diese Bestimmungen finden nach § 2329 entsprechende Anwendung bei dem Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Ergänzung des Pflichtteils. Weiterhin gewährt § 604 IV dem Verleiher das Recht, nach Ablauf der Leihe, also auf Grund von § 604 I, die Sache auch von dem Unterleiher zurückfordern zu können. Entsprechend kann der Vermieter gemäss § 556 III die Herausgabe der Sache nach Beendigung des Mietverhältnisses — § 556 I —, also auf Grund seines obligatorischen Anspruchs gegen den Mieter, auch von dem Untermieter verlangen. Die Thatsache, dass durch ein Schuldverhältnis eine Sache gegenüber Sondernachfolgern einer Partei an die Obligation gebunden wird, findet sich auch sonst z. B. bei der Gemeinschaft — §§ 746, 751, 755 II, 756, 2, 1010 —[1]).

---

[1]) Abweichend hinsichtlich der Konstruktion Hellwig, vgl. a. a. O. S. 421 f.

Es zeigt mithin das B.G.B. eine Reihe von Thatbeständen, in denen ein Schuldverhältnis in bestimmter Hinsicht gegen Dritte wirkt, diese Person in diesem Umfang in das Schuldverhältnis eintritt. Von diesen Fällen unterscheiden sich die §§ 571, 577 I, nur dadurch, dass hier der Eintritt in die Aktiv- und Passivseite eines Schuldverhältnisses erfolgt, dass Recht und Pflicht an den Eintritt in einen gewissen Zustand geknüpft sind. Ein prinzipieller Gegensatz besteht nicht. Ein solcher Eintritt steht nicht im Widerspruch zum Begriff der Obligation, es liegt daher keine Veranlassung vor, zur Erklärung der juristischen Natur der §§ 571, 577 auf Institute des Sachenrechts zurückzugehen. Derartige Konstruktionen sind durch das Gesetz in nichts begründet und nicht notwendig. Die Rechte des Vermieters sowie seine Pflichten sind weder wie eine Reallastberechtigung bezw. Reallast mit dem Grundstück verbunden[1]), noch steht das Recht des Mieters der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit begrifflich nahe[2]).

Mit Rücksicht auf die Frage des Zusammenhangs der §§ 571 ff. mit der rechtlichen Natur der Miete ist auch der § 578 von Interesse. Nach diesem gelten für den Fall, dass der Vermieter vor der Ueberlassung des vermieteten Grundstücks dies veräussert oder belastet, die Bestimmungen der §§ 571, I, 577, wenn der Erwerber dem Vermieter gegenüber die Erfüllung der aus dem Mietverhältnis sich ergebenden Verpflichtungen übernommen hat. Das Gesetz gewährt also dem Mieter, der hier auch nach der Meinung der Gegner nur obligatorisch berechtigt ist, den gleichen Schutz wie nach der Ueberlassung, durch die das Mietrecht dinglichen Charakter annehmen soll. Die Thatsache, dass hier ein Vertrag zwischen Erwerber und Vermieter vorausgesetzt wird, kommt nicht in Betracht[3]), denn dieser vermag, wie oben[4]) dargelegt ist, die Natur der Miete nicht zu ändern, und bedeutet auch nicht die Eingehung eines neuen Mietverhältnisses, da der Mieter dem Vertrage vollkommen fernbleibt.

---

[1]) So Kuhlenbeck, a. a. O. II. S. 308; derselbe, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich. Im Auftrage des Vorstandes des deutschen Anwaltvereins erläutert (1899) Note zu § 571. Vergl. auch oben S. 18 f.

[2]) Wie Cosack a. a. O. II S. 281 bezw. 286 behauptet.

[3]) Entsprechend Crome a. a. O. S. 38—40.

[4]) Seite 8 f.

IV.

1.

Unzulässigkeit einer Erweiterung der Rechte aus den §§ 571 ff. zu einem dinglichen Schutz.

Durch entsprechende Anwendung der §§ 571, 577 auf eine Reihe anderer Thatbestände werden die unmittelbaren Ansprüche des Mieters gegen Dritte noch erweitert.

In gleicher Weise wie gegen den Erwerber bei Veräusserung des Grundstücks durch den Vermieter nach der Ueberlassung wirken die Rechte des Mieters nach § 1056 gegen den Eigentümer des Grundstücks, das ein Niessbraucher über die Dauer seines Rechts hinaus vermietet hat, gemäss §§ 1423, 1546 III, 1550 nach Aufhebung des gesetzlichen Güterstandes, der Errungenschafts- oder Fahrnisgemeinschaft gegen die Ehefrau, deren eingebrachtes Grundstück der Ehemann über die Dauer seiner Nutzniessung hinaus vermietet hat, nach § 1663 gegen das Kind nach Beendigung der elterlichen Nutzniessung, wenn das Mietverhältnis diesen Zeitpunkt überdauert, nach § 2135 gegen den Nacherben, wenn der Vorerbe ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück vermietet hat, und das Mietverhältnis zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge noch besteht. In diesen Fällen tritt der nachfolgende Berechtigte an Stelle des Vermieters in die für diesen aus dem Mietverhältnis sich ergebenden Rechte und Pflichten ein. Es wird jedoch der Schutz des Mieters abgeschwächt durch das Recht des eintretenden Teils, unter Einhaltung der gesetzlichen Frist das Mietverhältnis zu kündigen[1]). — Nach § 57 Z.V.G. wird auch durch die Zwangsversteigerung und nach § 21 III K. O. durch freiwillige Veräusserung seitens des Konkursverwalters die Miete nicht ipso iure gebrochen. Es tritt hier der Erwerber vom

---

[1]) Diese Bestimmungen führt Crome a. a. O. S. 58 ff. auch mit Recht als Argumente für die herrschende Meinung an. Dass eine Person, die nur ein zeitlich beschränktes Recht am Grundstück hat, dieses ev. über die Dauer des eigenen Rechts hinaus vermieten kann, ist nur verständlich, wenn die Miete ein obligatorisches Recht ist. Eine Person, die nur ein zeitlich beschränktes Recht an einer Sache hat, kann nicht an eben dieser Sache ein dingliches Recht bestellen, das über die Dauer des eigenen hinaus wirksam ist.

Zuschlag an in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten des Vermieters ein. Er hat jedoch im Regelfall das Recht, unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen — § 57, 2 Z.V.G. —. Erfolgt die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft, so tritt der Erwerber in das Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und Mieter in gleichem Umfang ein, wie der Käufer im Fall freiwilligen Verkaufs durch den Vermieter — §§ 180, 183 Z.V.G. —.

In allen diesen Fällen sind die unmittelbaren Ansprüche des Mieters gegen diese Personen zu konstruieren aus dem Eintritt dieser Personen in das Schuldverhältnis zwischen Mieter und Vermieter. Die Thatsache eines weitgehenden Schutzes gegen bestimmt qualifizierte Personen ändert an der obligatorischen Natur der Miete nichts. Im Gegenteil: sie ist ein Beweis dafür, dass es dem Sinn des Gesetzes widersprechen würde, für den Mieter einen unmittelbaren Anspruch gegen jedermann zu behaupten oder die §§ 571, 577 auf andere Thatbestände als die gegebenen anzuwenden. Wenn das Gesetz selbst ausdrücklich die Fälle bestimmt, in denen diese Paragraphen wirken sollen, obgleich die Voraussetzungen, an die sie geknüpft sind, nicht vorliegen, dann ist dies ein Zeichen, dass dem Willen des Gesetzes eine weitere Ausdehnung widerspricht. Vor allem aber würde die Thatsache, dass das Gesetz in allen diesen Fällen die Wirkung der §§ 571, 577 bedeutend herabmindert, nur eine Ausdehnung mit dieser abschwächenden Zusatzbestimmung zulassen, sodass auch aus diesem Grunde eine Ausdehnung der §§ 571ff. für die Behauptung, dass dem Mieter ein dinglicher Anspruch zustehe, Argumente nicht abgeben könnte.

2.

Cosacks Begründung einer Erweiterung der §§ 571 ff.

a.) Allgemeine Erwägungen.

Einen Versuch, die Berechtigung und die Notwendigkeit einer Ausdehnung der §§ 571 ff. auf andere Thatbestände darzuthun und darauf die Behauptung dinglichen Charakters der Miete zu begründen, macht Cosack.

„Wenn der Mieter gegen Eingriffe einer Person geschützt wird, die an dem Grundstück ein Recht hat, muss er dann nicht

um so mehr gegen Eingriffe und Störungen eines völlig Unbefugten geschützt sein[1])?" Dieser „Schluss" scheint Cosack unabweislich. Mit ihm ist nach seiner Meinung die Wirksamkeit des Mietrechts gegen jeden Dritten, also dessen dingliche Natur bewiesen[2]). Dies ist aus mehreren Gründen unrichtig. Einmal ist der Sinn des Untersatzes, dass der Mieter gegen jeden Dritten geschützt wird, der am Grundstück ein Recht hat, unzutreffend. Dies zeigen schon die oben[3]) angeführten Fälle einer Ausdehnung der §§ 571 ff. auf andere Thatbestände, in denen ein gesetzliches Kündigungsrecht die Rechte des Mieters aufzuheben gestattet[4]). Damit fällt schon der Schlussatz hin. Vor allem fehlt der Obersatz, sodass der Cosacksche Satz nicht als Schluss, sondern als Behauptung sich darstellt. Wenn wir versuchen den Obersatz zu ergänzen, so kann dies nur dahin geschehen: Wer gegen einen Berechtigten geschützt wird, muss gegen einen Unberechtigten um so mehr geschützt werden. Dieser Satz ist von Cosack nicht bewiesen. Er ist weiterhin nicht ein Grundsatz unseres heutigen Rechts, für das er in Anspruch genommen wird, sondern widerspricht diesem durchaus. Die einzelnen Ansprüche werden von unserer Rechtsordnung prinzipiell danach unterschieden, ob sie gegen eine bestimmte Person bezw. eine bestimmte Mehrheit von Personen oder gegen jedermann wirken[5]). Dieser grundlegende Gegensatz zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten wird durch den Cosackschen Satz verwischt. Müsste doch nach ihm z. B. der aus einem gegenseitigen Vertrage Berechtigte, weil er gegen den anderen Teil geschützt wird, der im Umfang der Verpflichtungen des ersten seinerseits berechtigt ist, gegen jeden Dritten geschützt werden. Das ist durchaus dem System unseres Gesetzes entgegen. Zudem ist überhaupt fraglich, ob ein Dritter das Schuldverhältnis verletzen kann, infolgedessen ein Schutz gegen ihn möglich ist[6]). Des weiteren kommt für die

---

[1]) Cosack a. a. O. II. S. 282 bezw. 287.

[2]) Ebenda.

[3]) S. 30 ff.

[4]) Siehe auch oben S. 11 Note 1.

[5]) Siehe oben S. 4 ff.

[6]) Diese Frage ist bestritten. Der Schutz des obligatorisch Berechtigten nach § 823 wird bejaht von Endemann, a. a. O. I S. 908 Note 7; Stammler, a. a. O. S. 10; Cosack, a. a. O. I S. 585, 591; Matthiass

Frage des Schutzes einer Person der Gesichtspunkt, ob diese Person dem zu Schützenden gegenüber berechtigt ist oder nicht, gar nicht in Betracht. Hinsichtlich der Frage des Schutzes einer Person gegen eine andere kann eine Berechtigung dieser anderen Person nur von Bedeutung sein, wenn sie das Gebiet der schützenden Bestimmungen betrifft. Rechtsbeziehungen nach anderer Richtung hin sind gleichgiltig. Gegen Ausübung eines Rechts ist aber ein Schutz gar nicht möglich. Voraussetzung desselben ist das Vorhandensein einer Verpflichtung. Eine Person kann gegen eine andere nur geschützt werden, wenn diese Rechte der ersteren, somit Verpflichtungen ihrerseits verletzt, nicht wenn diese im Umfang eigener Berechtigung handelt. Schon in der Thatsache des Schutzes einer Person gegen eine andere liegt eine Verpflichtung der letzteren. Da Cosack auf diesen „Schluss" solchen Nachdruck legt, sei auch noch der Schlussatz kurz erörtert, obgleich diese Betrachtung keine neuen Gesichtspunkte liefert. Er erscheint nicht mehr als selbstverständlich und der Notwendigkeit eines Beweises enthoben, wenn man ihn seiner Form nach dahin abändert: ein Recht auf Sachnutzung, das gegen den Eigentümer oder sonstige dinglich Berechtigte wirkt, wirkt gegen jeden Dritten. Dieser Satz widerspricht dem Begriff des dinglichen Rechts, insofern ein Recht nicht schon deshalb dinglich ist, weil es gegen Personen wirkt, die in bestimmtem Umfang berechtigt sind, sondern nur dann, wenn es gegen jedermann ohne Rücksicht auf irgend welche rechtliche Qualifikation durchdringt. Ferner wird gegen diese Folgerung Cosacks mit Recht eingewendet[1]), dass in den Fällen der §§ 571,

a. a. O. I S. 632; Kuhlenbeck, a. a. O. II S. 237; v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs (1898) S. 21; Meisner, a. a. O. Note 3 zu § 823; Scherer, a. a. O. S. 1242. Entsprechend de lege ferenda: Gierke, a. a. O. S. 262, 263; Meischeider, Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches (1889) S. 37. Dagegen sind: Oertmann, a. a. O. Note 1 3c zu § 823; derselbe, Der Schadenersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten. Sonderabdruck aus der Festgabe für Heinrich Dernburg (1900) S. 17ff,; Linckelmann, Die Schadenersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen (1898) S. 21; Schollmeyer, a. a. O. S. 110; Fischer und Henle, a. a. O. Note 7 zu § 823; Müller, Der Begriff der unerlaubten Handlung nach dem B.G.B. (1900) Dissertation S. 13; Jung, Delikt und Schadenverursachung (1897) Dissertation S. 30.

[1]) Mittelstein, a. a. O. S. 300.

577 der Vermieter sein Recht aufgiebt, damit sich die Möglichkeit nimmt, den Mieter zu schützen, der Mieter infolgedessen selbständig geschützt werden muss, dass dagegen bei Störungen Dritter, die ihr Recht nicht vom Eigentümer-Vermieter herleiten, dieser ja in der Lage und verpflichtet ist, dem Mieter zu helfen, deshalb ein direkter Schutz garnicht nötig ist.

b. Praktische Rücksichten.

Cosack[1]) versucht weiterhin durch Rücksichten auf praktische Bedürfnisse eine Ausdehnung der §§ 571 ff. auf andere Thatbestände zu rechtfertigen. Er führt einen Fall an, in dem nach seiner Meinung die herrschende Ansicht, die einer Erweiterung des Inhalts dieser Paragraphen widerspricht, ein ganz unhaltbares Ergebnis liefert und dadurch ihre Unbrauchbarkeit und Unrichtigkeit schlagend beweist: „A. hat in seinem Testamente den B. zu seinem Erben eingesetzt, aber den Niessbrauch des Mietgrundstücks dem C. vermacht; nach A.'s Tode übergiebt B., nachdem er zuvor den Mieter D. gewaltsam aus dem Besitz gesetzt, das Grundstück dem C., ohne ihn über seine Gewaltthat wider D. zu unterrichten. D. klagt nun gegen C. auf Herausgabe des Grundstücks, und zwar mit Rücksicht auf den guten Glauben C.'s nicht possessorisch, sondern petitorisch. Er ist gemäss B.G.B. 577 auch nach der gegnerischen Ansicht im Recht. Da stellt sich heraus, dass A. das obengedachte Testament durch ein neues ersetzt hat, welches nicht B. sondern E. zum Erben beruft und von einem Niessbrauch C.'s nichts weiss, sowie, dass die Eintragung von C.'s Niessbrauch im Grundbuch verabsäumt ist. Die Stellung C.'s auf dem Mietgrundstücke ist durch diese Umstände ganz unhaltbar gemacht, sollte man meinen. Nach der gegnerischen Ansicht verhelfen dagegen gerade diese Umstände dem C. zum Siege: denn C. ist ja jetzt gänzlich ohne Recht und muss deshalb den Prozess — gewinnen! D. muss also die Prozesskosten tragen und den E. aufsuchen, um durch diesen einen zweiten Prozess gegen C. anstrengen zu lassen."

Dieser Fall vermag dem von Cosack verfolgten Zweck, die Notwendigkeit einer Ausdehnung der §§ 571, 577 darzuthun, nicht zu dienen.

---

[1]) A. a. O. II. S. 282 f. bezw. 287 f.

I. Aus einem einzelnen Fall lassen sich allgemeine Schlüsse nicht ziehen. Die Thatsache, dass ein Rechtssatz in einem konkreten Fall versagt, vermag nicht seine Untauglichkeit zu begründen. Schon im wirklichen Leben spielen häufig nebensächliche, zufällige Momente mit und bedingen das Ergebnis. Noch viel weniger ist ein Beispiel, dass den Zweck hat, die Unzulänglichkeit bestimmter Auffassung eines Rechtssatzes zn zeigen, frei von solchen Zufälligkeiten. So ist z. B. im vorliegenden Fall sonderbar, dass das am nächsten liegende nnd wertvollste rechtliche Mittel von D. nicht angewendet wird oder angewendet werden kann. Es ist auffallend entweder, dass D. gegen B. nicht possessorisch klagt, oder, dass C. für die Besitzklage des D. nicht passiv legitimiert ist, denn entweder hat B. den Besitz erst einige Zeit nach der Entsetzung dem C. übertragen, dann ist nicht einzusehen, weshalb D. eine rechtlich unhaltbare Klage gegen C. und nicht die einfache Besitzklage gegen B. anstrengt, oder B. hat kurz nach der Entsetzung des D. dem C. den Besitz übertragen, dann ist es seltsam, dass C., der doch sein Recht kennt nnd sich jedenfalls um das Grundstück kümmert, von der Gewaltthat auch ohne Mitteilung seitens des B. nichts weiss, die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des B. nicht kennt.

Sodann kann aus dem Versagen eines Rechtssatzes in einem konkreten Fall nicht geschlossen werden auf die Notwendigkeit, ihn weiter zu fassen, man müsste denn Aufgabe und oberstes Ziel des Rechts darin sehen, dass es in jedem einzelnen Fall dem Kläger zum Erfolg verhilft, dass es subjektive Wünsche und Bedürfnisse befriedigt. Eine solche Förderung der subjektiven Zwecke der Rechtsunterworfenen vermag nicht das oberste Ziel der Rechtsordnung zn sein[1]). Zudem wäre einer derartigen Forderung nachznkommen, dem Gesetzgeber auch thatsächlich unmöglich; diese subjektiven Zwecke sind bedingt durch die jeweilige konkrete Lage, daher verschieden und wechselnd, sie widerstreiten einander häufig und schliessen einander aus.

---

[1]) Vergl. darüber Stammler, Wirtschaft und Recht (1896) S. 364 ff, 378 ff, 576 ff.; derselbe, Die Lehre vom richtigen Recht (1902).

II. Ist mithin die Berechtigung, aus einem einzelnen Fall allgemeine Schlüsse zu ziehen, überhaupt zu bestreiten, so ist der vorliegende Fall ausserdem noch aus besonderen Gründen als zur Beweisführung gegen die herrschende Meinung ungeeignet zu bezeichnen.

1. Der Mieter D. geht nicht gemäss § 577 in der Auslegung der herrschenden Meinung vor. Der von D. gegen C. geltend gemachte Anspruch zeigt dinglichen Charakter: er ist nicht possessorisch, da C. gutgläubiger Besitzer ist, er gründet sich nicht auf ein Schuldverhältnis, denn er richtet sich gegen eine Person, mit der D. durch ein Schuldverhältnis nicht verbunden ist, gegen die auch der Mietvertrag mit A. nicht wirkt, da der Niessbrauch des C. noch nicht eingetragen, also nach § 873 noch nicht begründet ist. Die herrschende Meinung gewährt jedoch dem Mieter nur einen rein obligatorischen Anspruch gegen den Erwerber und dinglich Berechtigten[1]). Das Vorgehen des D. entspricht mithin der herrschenden Ansicht nicht.

2. Dieser von D. beschrittene Weg ist durchaus nicht der einzige, den er einschlagen kann. E. ist in der Lage, dem D. die Sache zu verschaffen, insofern er ihm die Möglichkeit verschaffen kann, die Wohnung zu erlangen. C. kann dem E. die Herausgabe der ihm von B. übertragenen Sache verweigern wegen seines durch Vermächtnis begründeten Anspruchs auf Bestellung des Niessbrauchs — §§ 2174, 1036; 986 I —. Dieser Anspruch, obwohl im ersten Testament begründet, wirkt nach § 2258 auch gegen den zweiten Testamentserben, da im zweiten Testament von einem Niessbrauch nichts erwähnt ist, und durch ein späteres Testament ein früheres nur insoweit aufgehoben wird, als es mit ihm in Widerspruch steht. Es ist mithin E. dem C. gegenüber verpflichtet, durch Eintragung dies Recht zu begründen; durch die Eintragung erhält aber D. die Möglichkeit, die Sache wieder zu erlangen, denn dann tritt C. nach § 577 in den Mietvertrag mit D. ein und wird zur Ueberlassung der Wohnung verpflichtet. Auf Grund des Mietvertrags mit A., in den E. als Erbe nach § 1922 eintritt, ist E. zu derjenigen Thätigkeit verpflichtet, welche zur Erreichung des Obligationszweckes, der Erlangung des Gebrauchs durch

[1]) Siehe oben S. 1 ff.

den Mieter, zu führen geeignet ist[1]). Es kann daher D. von E. verlangen, dass er den Niessbrauch eintragen lässt. D. hat nicht, wie Cosack annimmt, allein die Möglichkeit, mit E. zusammen gegen C. vorzugehen; ein solches Vorgehen würde vollkommen erfolglos sein, da C. auch dem E. gegenüber zum Besitz berechtigt ist — §§ 2258, 2174, 1036, 986 I —.

3. Der vorliegende Fall kann vor allem auch deshalb nicht gegen die herrschende Meinung angeführt werden, weil die Erfolglosigkeit des Vorgehens und die Schwierigkeiten, mit denen für D. die Durchsetzung seines Rechts verbunden ist, nicht in der herrschenden Meinung begründet sind.

D. konnte bei angemessener Sorgfalt die Erfolglosigkeit seines Vorgehens gegen C. erkennen, und durfte daher die Klage gegen C. gar nicht anstellen. Dass er mit dieser nichts erreicht, liegt nicht an der Unzulänglichkeit unseres Mietrechts, sondern an seiner eigenen Nachlässigkeit. Er musste sich vor Anstellung der Klage über die Passivlegitimation seinse Gegners orientieren. Auch der Umstand, dass für D. die Erlangung der Mietsache zwar nicht unmöglich, aber doch mit gewissen Schwierigkeiten verknüpft ist, hat seinen Grund nicht in einem ungenügenden rechtlichen Schutz des Mieters, sondern in dem eigenen Verhalten des D., der von den ihm zu Gebote stehenden rechtlichen Hülfsmitteln nicht ausreichend Gebrauch gemacht hat. D. hatte als Besitzer nach § 859 das Recht der Selbsthülfe: er konnte sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren, ganz gleich von welcher Seite aus sie erfolgte. Dies wirksame Mittel hat D. nicht benutzt, er hat sich den Besitz, ein wertvolles Rechtsgut, nehmen, sich aus einer wichtigen rechtlichen Position verdrängen lassen und dadurch selbst seine rechtliche Stellung bedeutend verschlechtert. Dass jetzt die Verfolgung seines Rechts mit grösseren Schwierigkeiten verbunden ist, vermag daher keinen Grund gegen die herrschende Meinung zu bilden.

Es sind mithin die Schwierigkeiten für D., seinen Anspruch durchzusetzen, so wenig wie die Erfolglosigkeit seines ersten Vor-

---

[1]) Im Anschluss an Hartmann, Die Obligation (1875) S. 37, 161.

gehens in der herrschenden Meinung begründet, und es ist daher auch aus diesen Gründen dem von Cosack gegebenen Fall die Beweiskraft abzusprechen.

V.
Ergebnis.

Alle einzelnen Erwägungen haben die Richtigkeit der herrschenden Meinung bestätigt, haben ergeben, dass die gegen sie vorgebrachten Einwendungen teils nicht zutreffend, teils nicht beweiskräftig sind. Das Recht des Mieters zeigt weder die begrifflichen Merkmale eines dinglichen Rechts, noch fasst das B.G.B. es als solches auf. Die Annahme eines dinglichen Mietrechts widerspricht dem System, der Terminologie und den Vorschriften des Gesetzes über Rechte an Grundstücken. Weiterhin ist der Schutz des Mieters gegen dritte Personen sehr wohl mit dem obligatorischen Charakter der Miete vereinbar. Der Gesetzgeber hat durch eine solche Regelung des Verhältnisses zwischen dem Mieter und dem Erwerber und dinglich Berechtigten die obligatorische Natur der Miete weder ändern wollen noch geändert. Die Wirksamkeit der Rechte des Mieters gegen diese Personen ist als Eintritt derselben in das Mietverhältnis zu konstruieren, ein solcher Eintritt in eine Obligation steht nicht zu deren Begriff in Widerspruch, und es zeigen das alte Recht wie das B.G.B. eine Reihe von Thatbeständen, in denen Personen in ein Schuldverhältnis eintreten. Endlich kann auch durch eine Anwendung der §§ 571 ff. auf andere Thatbestände, durch eine Erweiterung dieser Rechte des Mieters, ein dinglicher Schutz nicht gewonnen werden. Eine solche Ausdehnung dieser Vorschriften ist unzulässig, und der Versuch Cosacks, sie durch allgemeine Erwägungen und Rücksichten auf praktische Bedürfnisse zu begründen, ist fehlgeschlagen.

So steht die obligatorische Natur der Miete fest. Mit diesem beschränkten Schutz muss der Mieter auskommen. Er wird es auch können. Für die Fälle, in denen er einer stärkeren Stütze bedarf als der eines persönlichen Anspruchs, bleibt ihm die Möglichkeit, nach § 1093 als beschränkt persönliche Dienstbarkeit ein Wohnungsrecht zn bestellen und somit durch ein dingliches Recht sich zu sichern.

H. Fleischmann, Breslau, Ohlauerstr. 6

Studien

zur

Erläuterung des bürgerlichen Rechts

herausgegeben

von

Dr. Rudolf Leonhard
ord. Professor der Rechte an der Universität Breslau

---

9. Heft

Die rechtliche Wirkung der Vormerkung
nach Reichsrecht

von

Wilhelm Othmer

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1902

Die

rechtliche Wirkung der Vormerkung

nach Reichsrecht

von

Wilhelm Othmer

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1902

Seiner lieben Schwester

in

dankbarer Verehrung

Vorrede

Für die Wichtigkeit des im Nachstehenden behandelten Vormerkungsrechtes sprechen am besten die zahlreichen Kontroversen, die sich in der kurzen Zeit des Bestehens des neuen B.G.B. daran geknüpft haben, Kontroversen, von denen Fuchs in seiner Einleitung meint, „sie würden die Lebensdauer des B.G.B. überdauern, nicht sterben können".

Als mir nach der ersten Niederschrift meiner Arbeit im Herbst 1901 die Biermannsche Monographie vorlag, war es insbesondere ein Ausspruch derselben, der mich trotzdem an der Idee der weiteren Ausarbeitung des Themas festhalten liess. Biermann leitet nämlich seine eigene Konstruktion (a. a. O. S. 167 § 19) mit dem Satze ein: „Die Konstruktion der Vormerkung macht erhebliche, vielleicht unüberwindliche Schwierigkeiten". Diese Schwierigkeiten zu lösen, eine theoretisch und praktisch brauchbare Konstruktion aufzubauen, die offenkundigen Lücken des Vormerkungsrechtes, insbesondere des § 888 I B.G.B. zu beseitigen, sollte das Ziel dieser Monographie sein.

Die Ausarbeitung dieser Abhandlung fällt hauptsächlich in die Zeit meines Aufenthaltes an der Universität Genf. Ich sage an dieser Stelle meinem hochverehrten Lehrer, Leiter des dortigen juristischen Seminars, Herrn Gerichtsassessor und Privatdozent Dr. Meumann, dessen von echt wissenschaftlichem Geist durchwehten Vorlesungen ich die Anregung und Anleitung zu dieser Arbeit verdanke, meinen verbindlichsten Dank.

Hildesheim, im August 1902

W. Othmer

Inhaltsübersicht

Berichtigungen

Seite 17 Zeile 15 von oben statt „vorgenannte" „vorgemerkte".
Seite 73 Zeile 4 von oben statt „die Eigentümer" „der Eigentümer".

I. Abschnitt.

§ 1.

Einleitung.

Infolge des Eintragungs- und Publizitätsprinzipes ist die Verwirklichung der „Ansprüche auf Berichtigung der Grundbücher, da wo der Inhalt derselben mit der wirklichen Rechtslage nicht übereinstimmt, sowie auf Änderung der vorhandenen Rechtslage durch Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an dem Grundstücke oder an einem das Grundstück belastenden Recht oder auf Änderung des Inhaltes oder des Ranges eines solchen Rechtes“ fortwährend der Gefahr der Vereitelung dieser Verwirklichung dadurch ausgesetzt, dass ein mit dieser Verwirklichung nicht zu vereinbarender Erwerb im guten Glauben inzwischen erfolgt.

Hierdurch wird naturgemäss die Rechtssicherheit, der Endzweck des ganzen Grundbuchsystems, in nicht unerheblicher Weise in Frage gestellt.

Der Gesetzgeber musste sich mithin nach einem Mittel umsehen, um dieser Gefahr wirkungsvoll entgegenzutreten.

Im Anschluss an die historische Entwicklung gestattet das B.G.B. die Eintragung dieser Ansprüche in das Grundbuch, indem es jedoch im Gegensatz zu dem bisherigen Rechte zwischen dem Widerspruch und der Vormerkung unterscheidet: der Widerspruch soll die Sicherung des Anspruchs auf Berichtigung der Bücher ermöglichen, die Vormerkung der Sicherung des Anspruchs auf Vornahme einer Ver-

fügung dienen.[1]) Hier interessiert uns in erster Linie die Vormerkung.

Die materiellen und formellen Voraussetzungen dieser Eintragung sind in dem Gesetz in klarer Weise durch § 883 Abs. I und § 885 festgelegt. Eine Erörterung über dieselben bietet kaum wissenschaftliches Interesse, ebensowenig die Frage nach ihrer rechtlichen Natur. Die Vormerkung ist eben eine Eintragung im Grundbuche wie alle übrigen rechtsbedeutsamen Eintragungen, und muss daher auch in derselben Weise vollzogen werden, wie jede andere Eintragung.

Nichts steht im Wege, die Vormerkung als „ein formelles Sicherungsmittel dinglicher Natur" zu definieren.[2]) Nur scheint mir diese Definition auch auf die Einschreibung der Hypothek im Grundbuche zu passen, mithin nicht eben die besondere Art dieser Eintragung zu verraten. Die vorcitierte Definition Plancks oder diejenige Biermanns[3]) — „die Vormerkung ist ein Grundbuchsvermerk (Eintragung), der die Verwirklichung der im § 883 genannten Ansprüche in dinglicher Weise sichert" — mögen daher immerhin richtig sein, ihre Aufstellung trägt jedoch in keiner Weise zur Lösung auch nur einer der vielen Schwierigkeiten des Vormerkungsrechtes bei. Immerhin ist der Definition Biermanns im Gegensatz zu der von Planck nachzurühmen, dass sie nicht nur die differentia specifica klar hervorhebt, sondern gleichzeitig über das genus proximum keinen Zweifel lässt; die Vormerkung ist eben eine Art Eintragung.

Es kann ferner nach dem über die Veranlassung dieses formellen Sicherungsmittels Gesagten kein Streit über seinen Zweck bestehen. Es[4]) soll die Gefahren, welche das Eintragungs- und Publizitätsprinzip für die gedachten Ansprüche mit sich bringt, beseitigen. „Zweck der Einrichtung ist die Sicherung der persönlichen Ansprüche", sagen die Protokolle.[5]) Durch die Vormerkung soll dem Berechtigten „die Eintragung bezw.

[1]) Vgl. hierzu die and. Ans. von Weigelt S. 11.
[2]) Planck a. a. O. III, S. 95.
[3]) a. a. O. S. 184.
[4]) Die Vormerkung.
[5]) a. a. O. S. 260.

Löschung, zu deren Bewilligung der Schuldner verpflichtet ist, in materiellrechtlicher Beziehung ganz so gesichert werden, wie wenn sie z. Zt., bezw. an Stelle der Vormerkung erfolgt wäre", führt Planck dazu aus.[1]) Überdies bringt das Gesetz selbst in § 883 den Zweck der Vormerkung klar zum Ausdruck: „Zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes kann eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden".

Legt man auf eine genaue Formulierung des Zweckes Wert, so wird man m. E. im Gegensatz zum Gesetz selbst besser sagen: „Zur Sicherung der Verwirklichung des Anspruchs auf Einräumung . . .", und im Abs. 2 § 883 müsste es heissen: „Eine Verfügung . . . ist insoweit unwirksam, als sie die Verwirklichung des Anspruchs vereiteln oder beeinträchtigen würde"; denn der Anspruch selbst ist keiner Gefahr ausgesetzt, er bleibt auch dann bestehen, wenn die dem Anspruch entsprechende Eintragung nicht mehr erfolgen kann. Vergleiche in dieser Beziehung die korrektere Fassung des § 229 B. G. B.: „dass die Verwirklichung des Anspruches vereitelt . . . werde".

Streit besteht aber über die Frage: in welcher Weise wird dieser Zweck erreicht, mit anderen Worten: wie wirkt, bezw. wie muss das rein formelle Mittel der Vormerkung auf die materielle Rechtslage wirken, um seiner Bestimmung zu entsprechen?

Das B.G.B., die K.O. und das Zw.V.G. stellen für die einzelnen Thatbestände die Wirksamkeit fest. Da jedoch dieselbe Frage in mehreren vom Gesetz nicht geregelten anderen Fällen enthalten ist, ohne dass der Gesetzgeber hier eine Norm giebt, so entsteht der Wissenschaft die Aufgabe, aus den festen Anhaltspunkten und dem unzweideutigen Zweck des Institutes ein einheitliches Prinzip der Wirksamkeit desselben herzuleiten.

Ein Hilfsmittel zur Erkenntnis dieses Prinzipes giebt wohl auch die Erwägung an die Hand, dass das B.G.B. kein neues Institut schuf, sondern ein bereits im historischen Recht be-

[1]) a. a. O. III, S. 95 Ziff. 3.

stehendes erhalten und weiter ausgestalten wollte. Die Protokolle der II. Kommission lassen darüber keinen Zweifel. Es würde sich vielleicht noch empfehlen, eingehender zu prüfen, welchen Standpunkt die bisherige Gesetzgebung, Doktrin und Judikatur zu unserer Frage eingenommen hat. Ich kann mich jedoch nach Lage der Sache, mit Rücksicht darauf, dass eigentlich nie ernstliche Zweifel darüber herrschten, dass das vorgemerkte Recht ein bedingtes dingliches, wenn nicht gar rein dingliches Recht sei, mit der Feststellung dieser Thatsache begnügen. [1])

Ich habe, wie ich hier bemerken möchte, im Interesse der Übersichtlichkeit und Kürze der Abhandlung den in der ersten Niederschrift der Arbeit enthaltenen historischen Teil fallen lassen, als mir die Biermannsche Monographie vorlag, die sich fast bis in die Einzelheiten mit meinen eignen historischen Ausführungen deckte. Nur scheint mir Biermann eins nicht genügend hervorgehoben zu haben, sowohl bezüglich der früheren Judikatur wie auch der gleichzeitigen Litteratur, dass stets die Auffassung vorherrschend war, das vorgemerkte Recht sei ein unbedingtes dingliches Recht. [2]) So ist unter anderen in der Beantwortung einer „Beschwerde des K. R. von T. beim Justizministerium vom 15. November 1805“ [3]) auf Grund eines Erkenntnisses des 2. Senates der Glogauer Oberamtsregierung vom 11. März 1805 folgender Passus vorhanden: „Hiernach scheint es also keinem Bedenken unterworfen zu sein, dass auch Personalgläubiger durch die Eintragung einer blossen Protestation ein wirkliches Realrecht, und mithin auch im Konkurse die Befugnis erlangen, gleich allen anderen Realgläubigern in der dritten Klasse ihre Befriedigung fordern zu können“.

Für dieselbe Auffassung spricht ferner die „Vorstellung des Banquier J. A. M. an die preussische Immediatkommission vom 30. November 1807“. [4]) In derselben beantragt der Banquier an Stelle der für ihn ingrossierten Protestation, die den Zusatz

[1]) Anderer Meinung nur Weigelt a. a. O. S. 7 Ziff. IV.
[2]) cf. hierzu Biermann a. a. O. S. 25 unten.
[3]) Citiert bei Neigebauer S. 419 ff. a. a. O.
[4]) Citiert bei Neigebauer a. a. O. S. 416 ff.

habe, „dass dadurch kein Realrecht bewirkt, sondern nur eine weitere Verpfändung verhindert würde“, eine Protestation ohne alle Einschränkung in das Hypothekenbuch zu ingrossieren. Er geht also davon aus, dass an sich die ingrossierte Protestation ein Realrecht giebt. In der Entgegnung auf diese Eingabe durch das Reskript vom 7. Januar 1808 wird diese Auffassung als solche unwidersprochen gelassen.

Das königliche Reskript vom 1. Februar 1806[1]) bestätigt die Auffassung eines oberen Gerichtshofes, dass durch Ingrossation einer Protestation schon ein dingliches Recht entstehe.

Den gleichen Standpunkt vertreten zahlreiche Erkenntnisse des früheren preussischen Ober-Tribunals,[2]) insbesondere 1. das vom 26. November 1857,[3]) welches durch protestative Eintragung die Verjährung der Forderung unterbrochen haben will. Ferner 2. O.Tr. III. vom 29. Dezember 1846 (Bd. XIV S. 274), und vom 6. Dezember 1854, die dem Berechtigten Hypothekenklage geben ohne vorhergehende Umschreibung. 3. O.Tr. III. vom 31. Januar 1846 (Bd. XIII S. 257): Protestativisch eingetragene Hypothek kann in eine Eigentümerhypothek umgewandelt werden. 4. O.Tr. III. vom 31. Januar 1846 (Bd. XIII S. 257),[4]) vom 29. Dezember 1846,[5]) und vom 6. November 1875 (Bd. LXXVI S. 103): Auch bei eröffnetem Konkurse oder eingeleitetem Subhastationsverfahren setzt die Wirksamkeit der protestatio nicht aus. 5. O.Tr. III. vom 30. Januar 1852 (Bd. XXII S. 229) und vom 4. Juli 1855: Protestatio wirkt nicht nur gegen den Bucheigentümer, sondern auch gegen den wahren Eigentümer.

Schliesslich möchte ich noch hinsichtlich des Bayr. Hyp.-Ges. vom 1. Juni 1822 auf den § 55 dieses Gesetzes verweisen, den Biermann[6]) mit einer kurzen Bemerkung abthut, der mir jedoch für die Auffassung zu sprechen scheint, durch protestative

[1]) Citiert bei Neigebauer a. a. O. S. 439 ff.
[2]) Citiert bei Koch, Bd. II, S. 827, Anm. 42.
[3]) O.Tr. III, Bd. XXXVII, S. 79.
[4]) Siehe oben.
[5]) Siehe oben.
[6]) a. a. O. S. 32 f.

Einschreibung entstehe ein dingliches Recht. Er lautet: „Für die im Hypothekenbuche vorgemerkten Forderungen haftet der dritte Besitzer wie für eingetragene Hypotheken; die Forderung aber kann gegen denselben erst dann geltend gemacht werden, wenn das Recht des Gläubigers auf die Hypothek ausser Zweifel gesetzt ist, und deren wirklicher Eintragung kein rechtliches Hindernis mehr im Wege steht". Was unter den zweierlei Wirkungen der Hypotheken zu verstehen ist, sagen die Motive und von Gönner:[1]) Bezüglich der Wirkungen sei zu unterscheiden zwischen

1. der Forderung als persönlichem Recht (ius ad rem), und
2. der Hypothek als dinglichem Recht (ius in re).

An dieser Stelle möchte ich eine Thatsache hervorheben, die bei der Lösung unseres Problems eine grosse Rolle spielt: Man hat der Frage sehr häufig eine ganz schiefe Fassung gegeben.

Man fragt vielfach nach der rechtlichen Natur der Vormerkung, und dann heisst die Antwort bald: Die Vormerkung ist obligatorisches Recht, bald ein bedingtes dingliches Recht etc. Nur von diesem Standpunkte aus lassen sich Wendungen der Protokolle II. Kommission verstehen:[2]) „die Vormerkung soll den Charakter einer selbständigen dinglichen Belastung erhalten". Die Vormerkung ist das Alles aber nicht; sie ist und bleibt ein formelles Mittel, eine juristische Thatsache. Nur die Frage kann entstehen, wie sie auf die vorhandenen Rechtsbeziehungen einwirkt. Lässt sie das obligatorische Recht an sich bestehen, gestaltet sie es zu einer obligatio in rem scripta, oder zu einem ius ad rem, oder zu einem bedingten oder unbedingten Rechte, zu einem ius in re, oder wie wäre sie noch gemäss ihrer Wirksamkeit zu charakterisieren?

Es würde jedoch zu weit führen, wollte ich stets da, wo die Frage in der gedachten Weise schief gestellt ist, die Fragestellung einrenken. Ich werde darum im Einzelnen keine Kritik daran üben, sondern nur, wo es unbedingt erforderlich erscheint, darauf hinweisen.

---

[1]) a. a. O. S. 349 f., I. Bd.
[2]) a. a. O. S. 266.

Fast die ganze Litteratur des neuen Rechts ist in diesen gleichen Fehler verfallen — von dem sich übrigens meines Wissens die Kommentatoren des früheren Rechts freigehalten haben —, u. a. stellt auch Biermann in seiner Monographie[1]) die Frage schief. Was er sagt, ist an sich richtig, man kann sehr wohl sagen, die Vormerkung ist ein Vermerk, der die im § 883 B.G.B. genannten Ansprüche sichern soll. Was aber Biermann ähnlich wie Planck[2]) giebt, ist eine teleologische Definition der Vormerkung. Seine Definition ist inhaltlich richtig. Nur fragt sich, was kann man mit dieser Formulierung erreichen? Auch nicht eine einzige Frage, zu der die Vormerkung Veranlassung giebt, lässt sich mit dieser Definition lösen.

Im Nachfolgenden werde ich eine allgemeine objektive Darstellung der Auffassung der Gesetzgeber und der bisher in der Litteratur aufgestellten Theorien über das Vormerkungsrecht zu geben versuchen. So wird m. E. am besten dem Leser die Möglichkeit gewährt, die nunmehr richtig gestellte Frage sine ira et studio zu beurteilen und darnach die verschiedenen Konstruktionen einer eingehenden Kritik zu unterziehen.

II. Abschnitt.

Die Auffassung der vorhandenen Litteratur über die rechtliche Natur des vorgemerkten Rechtes.

A. Stellungnahme der Autoren des B.G.B.

§ 2.

Nachdem in der ersten Kommission zur Beratung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches die Aufnahme einer Vormerkung zur Sicherung von obligatorischen Ansprüchen auf Bestellung von Rechten an Grundstücken und an solchen Rechten abgelehnt war,[3]) wurde auf die Vorstellungen zahlreicher Bundesregierungen die Normierung eines solchen Institutes in der II. Kommission von neuem zur Diskussion gestellt. Das

[1]) a. a. O. S. 180.
[2]) a. a. O. III, S. 95.
[3]) Vgl. Motive S. 237 ff.

Institut gelangte zur Annahme und fand im Gesetze seine hauptsächlichste Regelung in den §§ 883—888 B.G.B., sowie in verschiedenen Nebenbestimmungen, in den zugleich mit dem B.G.B. in Kraft tretenden Reichsgesetzen, insbesondere in §§ 14, 24, 193 K.O., § 48 Zw.V.G. und den §§ 18, 25, 76 G.B.O., ferner auch in den Ausführungsbestimmungen der Bundesstaaten.

Welchen prinzipiellen Standpunkt die Autoren des Gesetzes hinsichtlich des Wesens des vorgemerkten Rechtes, hinsichtlich der Eintragung einer Vormerkung eingenommen haben, ist nach den Protokollen der II. Kommission schwer zu sagen. Die verschiedensten Meinungen sind bei der Beratung laut geworden. Ich begnüge mich zu erwähnen, dass unter anderen die Ansicht entwickelt wurde, man habe nach Eintragung einer Vormerkung das Verhältnis so aufzufassen, wie wenn

ein resolutiv bedingtes Recht eingetragen sei. Dagegen glaubten andere, man habe dabei vielmehr an eine

Suspensivbedingung zu denken.

Andere wollten sich damit begnügen, dieselbe Wirkung wie bei einem bedingten Rechte anzunehmen.[1])

Wieder andere glaubten durch Eintragung einer Vormerkung eine Rechtsposition ähnlich der durch Eintragung eines Veräusserungsverbotes zu schaffen; man habe es, meinten sie, mit einer Art qualifizierten Veräusserungsverbotes zu thun.[2])

Noch andere wollten die Vormerkung als solche als ein eigenes dingliches Recht, eine dem Pfandrechte ähnliche Belastung des Grundstücks oder eines Rechtes an einem solchen konstruiert haben.[3])

Unzulässig sollte es jedenfalls nach Auffassung der Protokolle sein, das vorgemerkte Recht als ein ius ad rem anzusehen.[4])

---

[1]) a. a. O. Bd. III, S. 112.
[2]) a. a. O. Bd. III, S. 112 u. 745.
[3]) a. a. O. Bd. III, S. 740 ff.
[4]) a. a. O. Bd. III, S. 113 ff.

Wir sehen die verschiedensten und widersprechendsten Meinungen neben einander auftreten, ohne dass man die eine oder andere als zutreffend anerkannte. Dass die Wissenschaft, die Litteratur schliesslich in keiner Weise an derartige schwankende und nur wenig begründete Ansichten sich gebunden zu fühlen brauchte, ja es nicht einmal durfte, darüber lassen auch die Protokolle selbst keinen Zweifel:[1] „Welche Auffassung theoretisch als die richtige anzusehen sei“, die Frage wolle man offen lassen. Dass danach der Streit über Wesen und Wirkung des Instituts in der nachfolgenden Litteratur nur um so heftiger losbrechen musste, kann nach alledem kein Wunder nehmen; eben weil man offenbar — wie die oben citierte Auslassung der Protokolle erweisen dürfte — die theoretische Lösung der Frage der Wissenschaft überlassen hat.

B. Stellungnahme der übrigen Litteratur.

§ 3.

Man kann 4 grosse Gruppen der bislang vertretenen Ansichten unterscheiden:

1. In erster Linie die Vertreter der Auffassung, die zwar zugiebt, dass der Anspruch durch die Vormerkung dingliche Wirkung bekomme, aber unbedingt daran festhalten, dass das vorgemerkte Recht ein rein obligatorisches Recht bleibe. Hiervon scheiden wiederum diejenigen aus, die, ohne auf die Vormerkung als solche einzugehen, schlechthin von einer dinglichen Wirkung des vorgemerkten Rechtes, unter Erhaltung der Reinheit der Obligation sprechen.

a) Vertreten ist diese Ansicht insbesondere von Endemann in seinem „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts“:[2] „Durch die Eintragung soll die Rechtsnatur und der Inhalt des obligatorischen Rechtes nicht geändert werden, das Gesetz giebt zunächst nur der formalen Rechtsbedeutung der Eintragungen eine erweiterte Anwendung“. Über die Rechtswirkung der Vormerkung heisst es:[3] „Der Rechtszustand des Grundstückes wird

[1] a. a. O. Bd. III, S. 118 Ziff. VI.
[2] a. a. O. Bd. II, 1. Teil, S. 250 f.
[3] a. a. O. S. 252 no. 3.

durch das vorgemerkte Recht dinglich gebunden. . . . Insofern (es ist die Rede von der Wirkung des Abs. 2 § 883 B.G.B.) ist der Eintragung, wenn auch nicht die Natur, so doch die Wirkung der dinglichen Belastung zuzuerkennen". Ferner:[1] „Der Anspruch geht vermöge seiner obligatorischen Natur zunächst gegen den Schuldner auf die volle Rechtsverschaffung, wie sie dem Schuldverhältnisse entspricht . . ., die grundbuchmässige Anerkennung sichert dem vorgemerkten Anspruch aber zugleich die dingliche Verwirklichung gegen Dritte".

Über den Einfluss dieser dinglichen Wirkungen auf die juristische Natur des bestehenden Verhältnisses äussert er sich folgendermassen:[2] „Die starke Annäherung des Forderungsrechtes an das ius ad rem, die sich hier vollzieht, soll nicht verkannt werden. Wird hervorgehoben,[3] dass dem Gläubiger das ganze Vermögen des Schuldners als Befriedigungsobjekt dient, so darf daraus durchaus nicht der Schluss gezogen werden, dass er deshalb erst recht ein dingliches Recht an einer einzelnen Sache beanspruchen könne. Dies ist materiell ein ganz anderer Anspruch, der zugleich eine dingliche Bevorzugung vor den Mitgläubigern enthält. . . ."

Dieser Auffassung schliesst sich u. a. auch Kipp[4] in Windscheids Lehrbuch des Pandektenrechts an. Er streift die Frage ganz nebensächlich und schliesst sich wohl nur einer herrschenden Meinung an, ohne selbst darauf näher einzugehen.

Entschiedener vertritt dieselbe Ansicht Schilde[5] in seiner Monographie. Nach ihm ist und bleibt der vorgemerkte Anspruch im Grundbuche nach wie vor ein rein obligatorisches Recht, das nur in gewissen Fällen, die das Gesetz bestimmt hat, dingliche Wirkung erhält.

Hierher gehört auch wohl Männer:[6] der vorgemerkte Anspruch bleibe ein persönlicher, dem folgende dingliche Wirkungen beigelegt seien (folgt Aufzählung derselben). Ferner

[1] a. a. O. S. 253 f. no. 4a u. b.
[2] a. a. O. S. 250—51, Note 8.
[3] Prot. S. 3511.
[4] a. a. O. Bd. II, § 391, S. 634.
[5] a. a. O. S. 14 ff.
[6] a. a. O. S. 58.

auch Strecker,[1]) der keine eigentliche Konstruktion giebt, sondern sich begnügt zu konstatieren, dass der persönliche Anspruch durch die Vormerkung dingliche Wirkung erhalte.

Weiter geht die Meinung, die insbesondere in Oberneck[2]) ihren Vertreter findet. Der Anspruch aus der Vormerkung nach Massgabe des § 888 B.G.B. sei kein dinglicher, sondern ein persönlicher im Sinne der obligatio in rem scripta. Die obligatio mit einem bestimmten Gegner verwandele sich kraft Gesetzes in eine obligatio mit einem unbestimmten Gegner, insofern sie gegen Jeden gehe, der sie allein grundbuchmässig erfüllen könne. Darüber hinaus habe man der Vormerkung für besondere Fälle unmittelbare dingliche Wirkung beigelegt, die jedoch als positive Ausnahme das Wesen dieses Anspruches nicht berühre. Oberneck hält, wie ich hinzufügen will, für die Praxis die Konstruktionsfrage für bedeutungslos, da das Gesetz die einzelnen Fragen positiv entschieden habe.

b) Auf einem ähnlichen Standpunkte stehen diejenigen Schriftsteller, die behaupten, die Vormerkung sei eine Art Veräusserungsverbot, das als solches zu dem Anspruche hinzutrete. Man darf wohl annehmen, dass damit gesagt werden soll, durch Eintragung einer Vormerkung werde eine ähnliche Rechtsposition geschaffen, wie durch Eintragung eines Veräusserungsverbotes. Planck[3]) nennt die Vormerkung „ein formelles Sicherungsmittel dinglicher Natur“, das „einem Veräusserungsverbote näher verwandt ist“, welches in Beziehung auf einen Streitgegenstand nach der C.P.O. § 935 mittels einstweiliger Verfügung vom Gericht erlassen, um Veränderung des bestehenden Zustandes, durch welche Verwirklichung des Anspruches vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte, zu verhindern. Die Vormerkung, sagt er an anderer Stelle,[4]) sei nicht ein Veräusserungsverbot, aber sie habe doch eine gewisse Verwandtschaft mit dieser. Er hält ebenfalls daran fest, dass „der Anspruch seinen per-

---

[1]) a. a. O. S. 112.
[2]) a. a. O. S. 254.
[3]) a. a. O. III, S. 95 no. 2, Abs. 1.
[4]) a. a. O. III, S. 96 no. 3c, Abs. 4.

sönlichen Charakter durch die Vormerkung keineswegs abstreift, . . . gleichwohl die Vormerkung dingliche Wirkung . . . hat".[1])

Förster-Turnau[2]) betrachten die Vormerkung als eine Art qualifiziertes Veräusserungsverbot, wie aus folgendem ersichtlich sein dürfte: „Zu den kraft Gesetzes eintretenden Verfügungsbeschränkungen gehören ferner diejenigen, welche durch Eintragung einer Vormerkung . . . gemäss § 883 II, III herbeigeführt werden". Ganz entschieden weisen die Verfasser die Auffassung zurück, als werde durch die Eintragung der Vormerkung auch nur ein bedingtes dingliches Recht begründet:[3]) „. . . . so wenig wird durch die Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Eintragung einer Hypothek das Hypothekenrecht, auch nur ein bedingtes, begründet und dem Vorgemerkten erworben".

Gleich den Genannten sehen auch Kober[4]) und Klumpp[5]) die Vormerkung als eine Art Belastungs- oder Veräusserungsverbot an.

c) Als etwas Neues, Eigenartiges, den bisherigen Anschauungen gar nicht Verwandtes, das weder unter einen höheren Begriff zu bringen noch durch Analogien erklärbar sei, sucht Biermann in seiner Monographie die Vormerkung zu erklären:[6]) „Die Vormerkung ist ein Grundbuchsvermerk, der die Verwirklichung der im § 883 genannten Ansprüche in dinglicher Weise sichert". Biermanns Definition, wie er sie hier giebt, darf unbedenklich unter den bisher behandelten Gruppen aufgeführt werden, wenn man bedenkt, dass nach ihm der vorgemerkte Anspruch immer noch ein rein obligatorischer bleibt, zu dem sichernd die Vormerkung hinzutritt.

Dasselbe ist von der ähnlichen Auffassung Weigelts[7]) zu sagen.

---

[1]) a. a. O. III, S. 101 no. I, 1, Abs. 4.
[2]) a. a. O. S. 157, Bd. I.
[3]) a. a. O. S. 156, Bd. I.
[4]) a. a. O. Bem. III zu § 883.
[5]) a. a. O. S. 118 Ziff. 2d.
[6]) a. a. O. S. 184.
[7]) a. a. O. S. 82 ff., § 47.

§ 4.

2. In anderer Weise haben wohl zu gleicher Zeit Gierke in seiner „Bedeutung des Fahrnisbesitzes" und Biermann in seinem „Sachenrecht" die Lösung der Frage versucht, die die Kommission offen gelassen. Hatte schon Endemann eine starke Annäherung des vorgemerkten Forderungsrechtes an das ius ad rem anerkannt,[1] so ging Gierke[2] so weit, geradezu das vorgemerkte Recht als ein ius ad rem zu betrachten.[3] Seinen Standpunkt teilen, wie erwähnt, Biermann und Lehmann.[4] Nach ihrer Meinung bleibt zwar der vorgemerkte Anspruch ein rein persönlicher, ist aber am richtigsten als ius ad rem zu charakterisieren.[5] Biermann hat diese Ansicht, die er eine Zeit lang vertreten hat, in seiner Monographie fallen lassen. Übrigens scheint auch Dernburg an die Möglichkeit, das vorgemerkte Recht als ein ius ad rem anzusehen, gedacht zu haben, wenn er in seinen „Pandekten"[6] sagt: „Auch das B.G.B. erwähnt das ius ad rem nicht. Vgl. aber B.G.B. § 883 ff.". Ich werde weiterhin noch auf Dernburg zurückkommen.

§ 5.

3. In eine besondere Kategorie gehören Enneccerus und

[1]) a. a. O. S. 250, Note 8.

[2]) a. a. O. S. 21.

[3]) a. a. O. S. 21, insbesondere Anm. 50: „Dagegen ist dem Bucheintrage die Fähigkeit, ein persönliches Recht durch die Einkleidung in sachenrechtliche Form mit dinglicher Kraft auszustatten, nicht völlig versagt geblieben. Denn durch die Eintragung einer Vormerkung kann jedem persönlichen Anspruche auf Herstellung eines sachenrechtlichen Verhältnisses Wirksamkeit gegen Dritte verliehen werden". Anm. 50: „Das vorgemerkte Recht hat, so lebhaft dies in der Kommission bestritten wurde, die Natur eines ius ad rem".

[4]) a. a. O. S. 6.

[5]) Insbesondere auch Biermann „Sachenrecht" S. 35, Anm. no. 2.

[6]) a. a. O. Bd. II, § 3 Anm. 11. Ferner Dernburg „Sachenrecht" a. a. O. III, S. 186, Ziff. 3, Abs. 2, § 63): „Indem aber schliesslich nach B.G.B. § 883 die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruches eines obligatorischen Rechts auf Grund der Bewilligung des Passivinteressenten oder einstweiliger gerichtlicher Verfügung zugelassen wurde, ist dem Rechtsgedanken, welcher das Recht zur Sache hervorrief, doch ein breiter Raum gelassen".

Cosack. Die Vormerkung ist nach Enneccerus[1]) eine sogenannte Erwerbsberechtigung, d. h. durch die Vormerkung wird ein neues Recht geschaffen, das mit der bestehenbleibenden Obligation nur scheinbar identisch ist. Diese Erwerbsberechtigungen sind, so führt er aus, absolute, also gegen jedermann gehende Rechte, die sich von den dinglichen Rechten insofern unterscheiden, als die von ihnen gewährte Berechtigung nicht in einer Sachherrschaft besteht, sondern in dem Erwerbenkönnen eines Rechtes.

In gewisser Weise lässt sich ihm Cosack zur Seite stellen:[2]) „Die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuche hat zur Folge, dass der vorgemerkten Forderung ein eigentümliches dingliches Recht schirmend zur Seite tritt, . . . das jedoch niemals „ein Recht „„am““ Grundstück oder „„an““ einem Recht“, sondern „lediglich ein Sicherungsmittel accessorischer Natur für die vorgemerkte Forderung ist“.[3])

Einen ähnlichen Standpunkt nimmt offenbar auch Jaeger in seiner „Konkursordnung“ ein:[4]) „In Wahrheit ist die Vormerkung ein dingliches Sicherungsrecht eigener Art ähnlich der Arresthypothek“. Die Vormerkung gewährleiste, wie die Hypothek die Verwirklichung einer Geldforderung sichere, die Realisierung des persönlichen Anspruchs auf bestimmte dingliche Rechtsänderungen. Sie sei ein Sicherungsrecht und deshalb accessorischer Natur, darum aber nicht minder ein Recht und zwar ein dingliches Recht. „Die Vormerkung“, wiederholt er am Schlusse seiner Ausführungen, „erzeugt also ein besonderes dingliches Vormerkungsrecht“.

Welche Auffassung Dernburg seiner Darstellung der Vormerkung und des vorgemerkten Rechtes in seinem Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes vornehmlich zu Grunde legt, ist schwer zu bestimmen. Er ist offenbar geneigt, verschiedenen Meinungen gewisse Zugeständnisse zu machen: so lässt sich nicht leugnen, dass er die Möglichkeit, das vorgemerkte Recht

---

[1]) „Bürgerliches Recht“ § 147.
[2]) a. a. O. S. 231I.
[3]) a. a. O. S. 25 no. 2 Abs. 2 u. 3.
[4]) a. a. O. S. 188 f. Anm. 3 zu § 24.

sei eine Art **ius ad rem**, wie auch Gierke meint, nicht unbedingt verneint (cf. auch oben S. 13). „Der Anspruch bleibt“, so fährt Dernburg an anderer Stelle fort,[1] „ein persönlicher gegen den ursprünglich Verpflichteten. Aber er belastet infolge der Vormerkung zugleich das Grundstück dinglich“. Ferner:[2] „Dem Vorgemerkten steht eine dingliche Klage gegen den durch die Vormerkung betroffenen Dritten offen. Persönlich ist derselbe nicht verpflichtet“. Einen weiteren Fingerzeig giebt vielleicht noch eine Bemerkung, in der er sagt,[3] anfangs hätten zwar insbesondere Wiederkaufsrechte der Dinglichkeit entbehren sollen, das sei jedoch dadurch abgeändert, dass Ansprüche auf Einräumung von Rechten an Grundstücken durch Vormerkung dingliche Kraft erhalten könnten. Die im Gesetze nicht ausdrücklich beantwortete Frage, ob das vorgemerkte Recht der Verjährung unterliegt oder nicht, die immerhin Bedeutung hat für die Konstruktionsfrage, ist bedauerlicherweise von Dernburg nicht in den Bereich seiner Erörterungen gezogen. Vielleicht darf man einen Schlüssel zu seiner Auffassung aus seiner bestimmteren Darlegung über die Vormerkung in seinem Lehrbuch des preussischen Privatrechts entnehmen. Die Wirkungen der Vormerkung des früheren Rechts, insbesondere nach Massgabe der Grundbuchgesetzgebung vom 5. Mai 1872, sind dort im Wesentlichen ebenso dargestellt wie die der reichsrechtlichen in seinem „Sachenrecht“. Er sagt,[4] die Vormerkung sei keine blosse Parteierklärung, sondern eine richterliche Verfügung, die sogar ein bedingtes Realrecht begründe. Für den Konkurs versage die Vormerkung ebensowenig,[5] denn sie begründe „ein festes, wenn auch bedingtes Recht“. Dies alles lässt meines Erachtens der Ansicht Raum, dass Dernburg auch in seiner jetzigen Auffassung noch unter dem Einflusse seiner früheren Ausführungen gestanden hat. Im übrigen ist schwerlich genaueres festzustellen, da er über die Konsequenzen aus der Konstruktion erhebliches nicht verlauten lässt.

---

[1]) a. a. O. S. 150 § 51 Ziff. 4.
[2]) a. a. O. S. 152 § 51.
[3]) a. a. O. S. 184 § 62 Ziff. 4 Abs. 3 u. 4.
[4]) Lehrbuch des Privatrechts Bd. I, S. 152, Anm. 5.
[5]) a. a. O. S. 710 ff.

§ 6.

4. Ganz verschieden von den bisher besprochenen Meinungen ist diejenige, welche neben Stobbe, in dessen „Deutschem Privatrecht“, und Boehm ihren Hauptverteidiger in Fuchs gefunden hat. Bei allen drei Verfassern ist wohl zu gleicher Zeit, wenn auch nicht mit gleicher Schärfe und Klarheit die Frage nach dem Wesen des im Grundbuche vorgemerkten Rechtes dahin beantwortet, durch Eintragung der Vormerkung werde das Forderungsrecht zu einem bedingten dinglichen Rechte.

Charakteristisch für die Auffassung Stobbes ist folgender Satz:[1]) „Die Bestimmung der Reichskonkursordnung § 12,[2]) dass „„Pfand- und Hypothekenrechte nach der Eröffnung des Konkursverfahrens nicht mit rechtsverbindlicher Kraft gegen den Konkursgläubiger erworben oder eingetragen werden, wenn gleich der Anspruch auf den Erwerb oder die Eintragung schon vor der Eröffnung des Verfahrens begründet gewesen ist““, hindert nicht die definitive Eintragung des vorgemerkten Rechtes; denn durch sie wird keine neue Belastung des Vermögens herbeigeführt, sondern nur ein bedingt eingetragenes Recht in ein unbedingtes verwandelt“. Dingliche Wirkungen, sagt er weiter,[3]) könne ein Recht zur Sache dadurch erlangen, dass es mittels Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werde; derartige obligatorische Rechte, die durch Eintragung in das Grundbuch dingliche Wirksamkeit erhalten, würden in Theorie und Praxis als dingliche Rechte betrachtet.[4])

Weniger bestimmt ist Boehm in seinen Ausführungen, doch deutet auf die bezeichnete Auffassung hin, wenn er[5]) sagt: „Der Vorgemerkte kann, sobald die Voraussetzungen der endgültigen Eintragung nachgewiesen werden, dingliche Klage erheben“. Werde aus einer Vormerkung geklagt, d. h. dinglich geklagt, so genüge es, die Voraussetzungen für eine endgültige Umschreibung darzuthun[6]). Eine vorhergehende Umschreibung

[1]) a. a. O. Bd. II, 2. Teil, S. 230.
[2]) Gemeint ist die alte K.O. vom 10. II. 1877.
[3]) a. a. O. II, 1. Teil, S. 83.
[4]) a. a. O. Bd. I, S. 632.
[5]) a. a. O. Anm. III zu § 883.
[6]) a. a. O. Anm. II D zu § 1137.

der Vormerkung zur Anstrengung der dinglichen Klage hält er also nicht für notwendig.

Am entschiedensten giebt, wie gesagt, Fuchs dieser Meinung Ausdruck. Da Terminologie des Gesetzes und materielle Rechtswirkungen der Vormerkung auseinandergingen, erstere gegen, letztere für die Dinglichkeit der Vormerkung sprächen, müsse er sich für das Letztere entscheiden, d. h. durch die Eintragung werde das Forderungsrecht zu einem bedingten dinglichen Rechte.[1]) Im einzelnen führt er aus, vorgemerkte Reallasten, Hypotheken oder Grundschulden, seien je nachdem bedingte Reallasten, bedingte Hypotheken, bedingte Grundschuld, ohne dass dem Wesen nach ein Unterschied zwischen den nur vorgemerkten und den endgültig eingetragenen Rechten bestehe. Gleichermassen sei auch der vorgenannte Ususfrukt als eine bedingte Belastung des Grundstücks oder Grundstücksrechts anzusehen, in der vorgemerkten Aufhebung eines Rechtes bereits die bedingte Befreiung des Grundstücks oder Grundstücksrechtes. Die Auflassungs- oder Eigentumsübertragungsvormerkung dagegen sei nicht als ein bedingtes Eigentum aufzufassen, sondern als eine bedingte Belastung.[2])

Der Sache nach mit Fuchs übereinstimmend ist Matthiass:[3]) „Die Wirkung der Vormerkung ist in gewissen Richtungen so geregelt, als wäre das vorgemerkte Recht durch die Vormerkung schon als bedingtes Recht begründet. . . . Hinsichtlich des § 888 B.G.B.[4]) wirke die Vormerkung dinglich, insofern der Erwerber zur grundbuchmässigen Realisierung des vorgemerkten Anspruches seine Zustimmung erteilen müsse.

III. Abschnitt.

§ 7.

Jede der mannigfachen, zum Teil vollständig divergierenden Anschauungen, nimmt für sich in Anspruch die richtige zu

[1]) a. a. O. Bem. zu § 883, S. 114.

[2]) Vgl. dieselben Ausführungen über Fuchs bei Biermann a. a. O. S. 168 f.

[3]) a. a. O. Bd. II, S. 39 unter E 2.

[4]) a. a. O. Bd. II, S. 40.

sein. Da jedoch die Mehrzahl derselben ziemlich gleichzeitig erschienen, so begnügten sich die Verfasser, ihre Stellungnahme zur Wirkung der Vormerkung samt den daraus folgenden Konsequenzen auszusprechen. Biermann hat meines Wissens zum ersten Male in seiner Monographie die bisher aufgetretenen Ansichten kritisch beleuchtet und die Frage nach der Wirkung dieses reichsrechtlich neu geregelten Institutes angeschnitten. Eingehender hat sich Biermann leider nur mit der von Fuchs verteidigten Lehre beschäftigt und gegen sie polemisiert, während er im übrigen die vorhandenen Auffassungen nicht geradezu als unmöglich ansieht. Meines Erachtens ist die Frage zu wichtig, die praktischen Konsequenzen aus der Art der Lösung derselben viel zu bedeutungsvoll, um sich dem gegenüber nicht auf einen bestimmten Standpunkt zu stellen. Entweder man nimmt eine der „Ansichten“ an, nachdem man die Unrichtigkeit der anderen erkannt hat, oder man verwirft sie, wenn es nötig erscheint, alle und versucht eine neue zu finden. Im Nachfolgenden soll zunächst die Richtigkeit der uns bekannt gewordenen Konstruktionen geprüft werden.

1a. Endemann lässt durch Eintragung der Vormerkung den Inhalt und die Rechtsnatur des obligatorischen Rechtes nicht geändert werden.[1]) Er betrachtet also mit der Majorität der II. Kommission das vorgemerkte Recht als ein rein obligatorisches Recht, dem gewisse dingliche Wirkungen beigelegt sind.

Dieser Auffassung ist vor allem entgegenzuhalten, dass sie nur denkbar ist, wenn man das bis dahin allseitig anerkannte Prinzip des Buchsystems, „persönliche Forderungsrechte sind im Grundbuche nicht eintragungsfähig“, durchbricht. Endemann selbst giebt zu,[2]) es sei nur möglich die Reinheit der Obligation zu erhalten, wenn man annehme, dass die Vormerkung die Anwendbarkeit der formellen Eintragung auf obligatorische Rechte ausdehne, woraus sich eine genügende Verlautbarung ergebe, um die Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuches einzuschränken, während das eingetragene Recht inhalt-

[1]) Siehe oben S. 9f.

[2]) a. a. O. II, 1, S. 251 Anm. 8 Abs. 2.

lich ein rein obligatorisches bleibe. Das wäre jedenfalls eine einfache Lösung der Frage, wenn sie nicht eben den Fehler hätte, das Buchsystem umzuwerfen. Zugegeben wird übrigens von Endemann, dass sich die praktischen Wirkungen mit dieser Anschauung in krassen Gegensatz stellen, eine starke Annäherung an das ius ad rem lasse sich nicht leugnen. Er gesteht der Vormerkung unter Umständen, im Falle des § 888,[1]) wenn auch nicht die Natur, so doch die Wirkung einer dinglichen Belastung zu; auch sei die Rechtswirkung der Vormerkung nach den allgemeinen Grundsätzen des Publizitätsprinzipes zu beurteilen: „Der Rechtszustand des Grundstückes wird durch das vorgemerkte Recht dinglich gebunden".[2]) Ein obligatorisches Recht, das dinglich bindet, dürfte juristisch nicht gut denkbar sein, zumal Endemann bezüglich der dinglichen Gebundenheit in dem vorgemerkten Rechte auf Übertragung des Eigentums ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne des § 28 Zw.V.G. sieht. Wollte man selbst annehmen, es sei angängig, unter Hintansetzung der Beschränkung der Eintragungsfähigkeit auf dingliche Rechte in die öffentlichen Bücher, das Eintragungsprinzip auf obligatorische Ansprüche auszudehnen, wie es Endemann thut, so gelingt es trotzdem nicht, mit dem nun gewonnenen Ergebnis die Vormerkung, bezw. die vorgemerkten Rechte einheitlich darzustellen. Endemann muss noch die dingliche Gebundenheit hinzunehmen als Wirkung der Vormerkung. Damit ist gesagt, dass bei Vorhandensein einer rechtlich begründeten Vormerkung dem Eigentümer des betreffenden Grundstückes oder Grundstücksrechtes bereits das Verfügungsrecht insoweit benommen ist, als es mit dem neuen Rechte, zu dessen Sicherung eine Vormerkung eingetragen ist, kollidieren würde. Denn bei Vorhandensein einer thatsächlichen Bewilligungsverpflichtung seitens des Belasteten verwandelt sich das vorgemerkte Recht früher oder später auch formell in eine endgültige Eintragung und, falls der Eigentümer mit dem vorgemerkten Rechte kollidierende Verfügungen getroffen hat, sind diese eben, insoweit sie kollidieren, nichtig.

---

[1]) a. a. O. II, 1, S. 253 no. 3 Abs. 2.
[2]) a. a. O. II, 1, S. 253.

Wenn Endemann sagt, das Grundstück sei von der Eintragung der Vormerkung an dinglich gebunden, dann lässt er mithin in gewisser Weise schon die Sache durch das vorgemerkte Recht ergreifen. Er zieht auch daraus bedeutsame Konsequenzen, indem er (s. o.) das vorgemerkte Recht als ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes betrachtet. Ob er damit Recht hat oder nicht, mag einstweilen noch dahingestellt bleiben; unerklärlich bleibt aber der sich aus dieser Konsequenz ergebende Widerspruch, dass er hier einmal von dem vorgemerkten Rechte als einem der Zwangsversteigerung im Sinne des § 28 Zw.V.G.[1]) entgegenstehenden Rechte spricht, also offenbar von einem Rechte am Grundstück oder Grundstücksrechte, dann aber wiederum[2]) den obligatorischen Anspruch — Endemann spricht inkorrekt wiederholt vom obligatorischen Recht, das vorgemerkt wird —, auch den im Grundbuche vorgemerkten, als solchen unbediugt unverändert fortbestehen lassen will. Es ist das eine contradictio in adiecto, die im Zusammenhang mit dem bereits Gesagten es unmöglich macht, einer solchen Auffassung beizutreten.

Endemann selbst scheint auch nicht viel Gewicht darauf zu legen, wie ich aus einer Bemerkung[3]) entnehmen zu dürfen glaube; hat er vorher entschieden darauf bestanden, „das vorgemerkte Recht bleibe auch im Grundbuche ein rein obligatorisches, wie sich das auch schon aus der Fassung des § 883 Abs. 1 B.G.B. ergebe — „der Anspruch auf“ . . . im Gegensatze zu „dem Rechte an einem Grundstücke“, womit § 894 (Widerspruch) das dingliche Recht bezeichnete —“, so sagt er kurz darnach: „da es im einzelnen Falle streitig sein könnte, welche Art der beiden Arten Rechtsbehelfe „Vormerkung“ oder „Widerspruch“ die richtige sei, so würde man billig zugestehen müssen, dass die Eintragung auf beide erstreckt werde, trotz der eifrig betonten theoretischen Unterscheidung; formelle Bedenken ständen dem ebensowenig entgegen, da in der G.B.O. und C.P.O. (§ 895) die beiden Institute einander gleichgestellt

---

[1]) Vom $\frac{24.\ \text{III}.\ 1897.}{20.\ \text{V}.\ 1898.}$

[2]) a. a. O. II, 1, S. 250 Anm. 8 Abs. 2c.

[3]) a. a. O. II, 1, S. 250 Anm. 5 u. 6.

seien". Man beachte hierbei besonders, dass Endemann den Widerspruchsparagraphen (§ 894) zuerst mit dem Vormerkungsparagraphen (§ 883) in Vergleich zieht, um zu zeigen, dass vorgemerkte Rechte nur obligatorische sein können, es aber unmittelbar darauf für ganz unbedenklich hält, Widerspruch und Vormerkung hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit gleichzustellen.

Was bezüglich der Unmöglichkeit der von Endemann versuchten Konstruktion des vorgemerkten Rechtes gesagt ist, gilt zum Teil auch für Schilde, der die gleiche Auffassung vertritt.[1]) Die Möglichkeit einer solchen Darstellung muss, mag man sonst auch in befriedigender Weise die Wirkungen der Vormerkung erklären können, unter allen Umständen daran scheitern, dass man mit der Zulassung obligatorischer Rechte in die öffentlichen Bücher das Prinzip derselben zu nichte macht. Was Endemann über die Ausdehnung des Publizitätsprinzipes auf die Rechtswirkung der Vormerkung gesagt hat,[2]) schränkt Schilde wesentlich ein.[3]) Nur in dem Fall sei es möglich, den Schutz auszudehnen, wenn die Vormerkung auf Grund der Bewilligung des Eigentümers eingetragen sei, denn dann sei kein Bedenken aus den Grundlagen des Vormerkungseintrages zu entnehmen. Meiner Meinung nach ist der Grund wenig stichhaltig; eine solche Unterscheidung von zwei verschiedenen Kategorien von Vormerkungen, die die Konsequenz einer solchen Auffassung wäre, ist im Gesetz nirgends angedeutet und würde, anstatt die bestehenden Unklarheiten aus dem Wege zu räumen, thatsächlich nur noch grössere Verwirrung schaffen. Er selbst macht es übrigens unmöglich, seine Ansicht aufrecht zu erhalten, dadurch, dass er[4]) behauptet, eine zu Unrecht gelöschte Vormerkung könne die Voraussetzung zur Eintragung eines Widerspruches in das Grundbuch bilden. Zur richtigen Würdigung dieser Aufstellung müssen wir die Frage prüfen: Unter welchen Voraussetzungen ist die Eintragung eines Widerspruchs zulässig?

---

[1]) Siehe oben S. 10.
[2]) Siehe oben S. 19.
[3]) a. a. O. S. 14 ff.
[4]) a. a. O. S. 54 f.

Zu wessen Schutze soll der Widerspruch dienen? Die Protokolle der II. Kommission[1]) sagen: bei dem Widerspruche handele es sich um ein bereits bestehendes Recht, das geschützt werden soll. Dieser Ansicht ist auch Simeon,[2]) ebenso Planck:[3]) „Der Widerspruch dient zum Schutze eines dinglichen Rechtes". Förster-Turnau:[4]) „Für die Glaubhaftmachung des Berichtigungsanspruches (also der Voraussetzung zur Eintragung eines Widerspruches) . . . muss ein bereits bestehendes Eigentum oder dingliches Recht glaubhaft gemacht werden, ein persönlicher Anspruch auf Aufhebung oder Einräumung eines solchen Rechtes genügt nicht". Derselbe weiterhin:[5]) „Nur durch ausserhalb des Grundbuchs bereits bestehende dingliche Rechte, die nicht oder nicht richtig im Grundbuche eingetragen sind, wird das Grundbuch unrichtig, nicht durch bloss persönliche Ansprüche auf Eintragung eines Rechtes . . ." Dieselbe Auffassung findet sich bei Cohn:[6]) „Vormerkung sichert den Anspruch, doch Widerspruch dingliche Rechte". Diese Ansicht findet sich auch in der Denkschrift.[7]) Dernburg leitet in Übereinstimmung mit den Motiven den Berichtigungsanspruch und den mit ihm verbundenen Widerspruch aus der absoluten Natur des dinglichen Rechtes ab:[8]) „Dieses Klagrecht aus dem Berichtigungsanspruch ist ein Ausfluss des dinglichen Rechtes des Klageberechtigten. Es ist dinglicher Natur". Auch Strecker[9]) giebt den Widerspruch zum Schutze bestehender dinglicher Rechte; ebenso Endemann[10]) giebt jedem den Berichtigungsanspruch, „dessen Rechte im Grundbuche nicht richtig beurkundet sind"; Voraussetzung sei, dass ein dingliches eintragungsfähiges Recht überhaupt nicht oder nicht voll-

---

[1]) a. a. O. Bd. III, S. 111.
[2]) S. 46 § 19 no. 6 e.
[3]) a. a. O. Bd. III, S. 117.
[4]) a. a. O. I, S. 240 no. II, 4 zu § 899.
[5]) a. a. O. I, S. 200.
[6]) „Das neue deutsche bürgerliche Recht in Sprüchen" Bd. III. S. 11.
[7]) S. 122.
[8]) a. a. O. S. 143 § 49 Ziff. 3 Abs. 2.
[9]) a. a. O. S. 107 ff.
[10]) a. a. O. S. 245 no. 1 Abs. 3.

ständig oder mit Belastungen eingetragen sei, die nicht begründet wären.[1]) Hören wir zum Schluss noch die Begründung, die die Motive dafür geben und der sich meines Erachtens mit Recht die herrschende Meinung bedingungslos angeschlossen hat:[2]) „Vermöge seiner absoluten Natur erzeuge das dingliche Recht gegen jeden, der sich in einem das Recht beeinträchtigenden Zustande befinde, den Anspruch darauf, dass dieser Zustand beseitigt und der dem Recht entsprechende Zustand hergestellt werde"; mit anderen Worten, die Unrichtigkeit des Grundbuches beeinträchtigt bestehendes aber nicht oder nicht richtig oder nicht mehr eingetragenes dingliches Recht und erzeugt zum Schutze desselben den Berichtigungsanspruch und Möglichkeit der Eintragung eines Widerspruches. Hat man aber einmal festgestellt, dass der Widerspruch nur zum Schutze eines bestehenden dinglichen Rechtes eingetragen werden kann, und hält daneben die Behauptung Schildes, auch zu Gunsten einer zu Unrecht gelöschten Vormerkung könne man einen Widerspruch eintragen, dann kann und muss man daraus den Schluss ziehen, das im Grundbuche vorgemerkte Recht sei schon bestehendes dingliches Recht. Würde Schilde dies zugeben müssen, dann fiele damit von selbst seine Konstruktion des vorgemerkten Rechtes als eines rein obligatorischen mit gewissen dinglichen Wirkungen. Seine ursprüngliche Auffassung war nur um den Preis aufrechtzuerhalten, dass er die allgemein anerkannten und zweifellos richtigen Voraussetzungen zur Eintragung eines Widerspruches umstiess, damit aber auch den ausdrücklich vom Gesetz gewollten Unterschied zwischen dem Institut der „Vormerkung" und des „Widerspruchs" beseitigte. Schilde führt zu diesem Ende aus: Nicht aus der absoluten Natur der dinglichen Rechte, wie die Motive meinten, erkläre sich das Wesen des Widerspruchs, sondern aus den eigentümlichen Wirkungen der Unrichtigkeit des Grundbuches. Aus dem Grundsatze, dass der im Vertrauen auf den Grundbuchinhalt handelnde in diesem Vertrauen geschützt wird, daraus, dass im allgemeinen

---

[1]) Desgleichen Boehm a. a. O. S. 68 ff., Kober a. a. O. S. 51, Biermann (Sachenrecht S. 45) und Oberneck a. a. O. S. 266 no. 5.

[2]) a. a. O. III, S. 236.

nur derjenige verfügen kann, der im Grundbuche als Berechtigter eingetragen ist, ergebe sich das Wesen des Berichtigungsanspruches.

Diese Rückweisung der Motive ist meines Erachtens nicht stichhaltig.

Berichtigungsanspruch — Widerspruch bezwecken, den Gefahren, die sich aus den eigentümlichen Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ergeben, vorzubeugen. Demselben Zwecke soll die Vormerkung dienen; aber auch durch diese Übereinstimmung des Zweckes, aus dem sich zur Not die synoptische Behandlung beider Institute in der Litteratur erklären lässt, beseitigt keineswegs den tiefgreifenden Unterschied, der zwischen ihnen besteht.

Grund des Berichtigungsanspruches und Widerspruchs ist die Herbeiführung einer sachenrechtlichen Rechtsstellung, ihre Zulässigkeit setzt somit eine sachenrechtliche Basis voraus; dieser von der herrschenden Meinung aufgestellte Satz wird durch die Ausführungen Schildes keineswegs erschüttert.

Grund der Vormerkung dagegen ist die Herbeiführung einer lediglich obligatorischen Rechtsposition.

Bezüglich der Wirkungen besteht endlich eine erhebliche Verschiedenheit zwischen Widerspruch und Vormerkung. Der Widerspruch schützt lediglich bestehendes Recht, die Vormerkung geht in ihren Wirkungen, wie wir sehen werden, darüber weit hinaus.

Schilde dürfte es somit nicht gelungen sein, das Bedenken, welches sich aus dem Wesen des Widerspruchs gegen seine Konstruktion ergiebt, zu beseitigen. Mit letzterer ist trotz seiner Ausführungen die Zulassung eines Widerspruchs zu Gunsten einer zu Unrecht gelöschten Vormerkung schlechterdings unerträglich. Eine andere Frage ist es aber, ob man darum diese Zulassung, die sich als ein erhebliches praktisches Bedürfnis darstellt, verwerfen soll.

Der Versuch Endemanns und Schildes, das vorgemerkte Recht als rein obligatorisches, wenn auch mit dinglichen Wirkungen versehen, zu konstruieren, dürfte nach dem Gesagten nicht als befriedigende Lösung unseres Problems angesehen werden. Die Theorien Männers und Streckers, welche

Schriftsteller offenbar, allerdings ohne nähere Begründung, auf ähnlichem Standpunkte stehen, können somit auch keinen Beifall finden.

§ 8.

1b. Zu gleichen Widersprüchen führt die Ansicht derer, die das entstehende Verhältnis so erklären, dass durch Eintragung einer Vormerkung eine ähnliche Rechtsposition geschaffen werde wie durch Eintragung eines Veräusserungsverbotes. Turnau-Förster, der die Vormerkung als qualifiziertes Veräusserungsverbot ansieht, glaubt gleich Schilde in einer zu Unrecht gelöschten Vormerkung eine Voraussetzung zur Eintragung eines Widerspruchs sehen zu müssen. Turnau[1]) hat nicht wie Schilde eine neue Ansicht bezüglich der Grundlagen des Widerspruchs aufzustellen versucht; bei ihm finden wir die Voraussetzungen zur Eintragung eines Widerspruchs bezw. zur Erzeugung des Berichtigungsanspruches in Anlehnung an die allgemein anerkannte Lehre folgendermassen.[2]) Es werden hier die Voraussetzungen aufgezählt, der Verfasser drückt sich aber sehr vorsichtig aus: „Eingetragene Rechte gelten . . . . . . als bestehend, nicht eingetragene oder gelöschte Rechte, Verfügungsbeschränkungen (auch gelöschte Vormerkungen) . . . . als nicht bestehend. Andere Wirkungen der Unrichtigkeit des Grundbuchs ergeben sich aus den Bestimmungen der §§ 900 bis 902 B.G.B. . . . . .“ Das will zweifellos im Zusammenhang besagen, dass auch in einem zu Unrecht gelöschten Vormerkungseintrag eine Unrichtigkeit des Grundbuches im Sinne des § 894 B.G.B. und Voraussetzung zur Eintragung eines Widerspruchs zu sehen ist. Deutlicher tritt das noch hervor bei folgender Ausführung:[3]) „Vorausgesetzt wird (zur Eintragung eines Widerspruchs)

1. ein Widerspruch zwischen dem Inhalt des Grundbuches und der wirklichen Rechtslage:

---

[1]) Es wird in Zukunft immer nur Turnau citiert werden, da dieser der Verfasser der in Betracht kommenden Teile des von Turnau-Förster herausgegebenen Werkes ist.

[2]) a. a. O. I, S. 219 no. 3.

[3]) a. a. O. I, S. 216.

c) Ein Widerspruch kann auch dadurch entstehen, der Inhalt des Grundbuches dadurch mit der wirklichen Rechtslage in Widerspruch treten, dass eine Verfügungsbeschränkung[1]) widerrechtlich eingetragen oder eine rechtmässig eingetragene Beschränkung aufgehoben oder zu Unrecht gelöscht wird".

Dass hierzu auch die eingetragene Vormerkung gehört, beweise folgendes:[2]) „Zu den .... Verfügungsbeschränkungen des § 892 gehören ferner diejenigen, die durch Eintragung einer Vormerkung herbeigeführt werden". Man könnte nun zweifelhaft sein über die Auffassung Turnaus, da er den Widerspruch zu Gunsten einer zu Unrecht gelöschten Vormerkung daraus zu erklären sucht, dass mit ihr eine Verfügungsbeschränkung verbunden ist, — ob diese Ansicht sich verteidigen lässt oder nicht, wollen wir weiter unten noch sehen. An anderer Stelle hat er aber deutlich gesagt: „Für die Glaubhaftmachung des Berichtigungsanspruches genügt ein persönlicher Anspruch auf Aufhebung oder Einräumung eines dinglichen Rechtes nicht".[3]) Dazu ist bereits bestehendes Eigentum oder dingliches Recht glaubhaft zu machen". Dass auch Turnau den in seinen Behauptungen enthaltenen Widerspruch mit seiner Konstruktion der Vormerkung erkannt hat, beweist sein Versuch, die notwendigen Konsequenzen, die sich aus der Zulässigkeit der Eintragung eines Widerspruches für eine zu Unrecht gelöschte Vormerkung ergeben, aus der Welt zu schaffen, da sie seiner Auffassung der Vormerkung und des vorgemerkten Rechtes den Boden entziehen. Es heisst dort:[4]) „Wird z. B. zur Erhaltung eines persönlichen Anspruches auf Einräumung eines Rechtes an einem Grundstücke ein Widerspruch eingetragen,[5]) so kann dieser nur die Wirkung einer Vormerkung haben". Das ist eine durchaus willkürliche Behauptung, die eine ganz neue, dem Gesetze nicht bekannte Art des Widerspruches schaffen würde. Zu weiteren Bedenken giebt es Anlass, wenn Turnau sagt, Vormerkung sei eine Art qualifiziertes Veräusserungsverbot, Ver-

[1]) „Der im § 892 B.G.B. bezeichneten Art".
[2]) a. a. O. I, S. 197.
[3]) a. a. O. I, S. 240.
[4]) a. a. O. I, S. 238 no. 6.
[5]) Für zu Unrecht gelöschte Vormerkung.

fügungsbeschränkung. — Es lässt sich darunter schlechterdings nur verstehen, dass das vorgemerkte Recht dieselbe materielle Rechtslage schafft, wie ein eingetragenes Veräusserungsverbot. — Denn wenn wir dem gegenüberstellen, was er über die Unterscheidung von Vormerkung und Widerspruch sagt, so kommen wir zu unhaltbaren Schlüssen:[1]) Es sei scharf zu unterscheiden zwischen diesen beiden Instituten, unter Vormerkung verstehe das B.G.B. ausschliesslich die obligatorische Vormerkung und regele diese in den §§ 883—888 B.G.B., während es unter Widerspruch lediglich die dingliche Vormerkung verstehe und diese in den §§ 894—899 B.G.B. ordne. Danach wäre also die Vormerkung des B.G.B. als qualifiziertes obligatorisches Veräusserungsverbot, der Widerspruch des B.G.B. entsprechend als qualifiziertes dingliches Veräusserungsverbot zu denken. Dass man auf Grund von Turnaus Definition zu solchen Folgerungen, die niemand ernstlich verteidigen wird, gelangt, spricht für die Unrichtigkeit der Konstruktion. Im Allgemeinen sei, sagt Turnau[2]) hinsichtlich der Wirkungen der Vormerkung der Standpunkt des früheren preussischen Rechts beibehalten — die protestatio pro conservando jure et loco[3]) begründe ein wirkliches, wenn auch bedingtes Realrecht. — Insofern nur sei eine Abweichung vom herrschenden Recht vorhanden — nach diesem wurde durch Vormerkung ein Realrecht begründet mit der Wirkung, dass nach Liquidestellung das bedingte Realrecht zum unbedingten wurde und zwar auch ohne Umschreibung der Vormerkung in eine endgültige Hypothek — als hiervon nach dem B.G.B. keine Rede mehr sein könne. „So wenig durch die Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung der Eigentumsübergang auch nur ein bedingter bewirkt wird, so wenig wird durch die Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung einer Hypothek das Hypothekenrecht auch nur ein bedingtes begründet und dem Vorgemerkten erworben“. Will Turnau hiermit ein Argument für die hinsichtlich des vor-

---

[1]) a. a. O. I, S. 151.

[2]) a. a. O. I, S. 147, 156 u. 160.

[3]) Hypoth.-Ordnung vom 20. XII. 1783, II § 299. Allg. Landrecht I, 20, § 421.

gemerkten Rechtes von ihm vertretene Ansicht geben, so ist das ebenfalls recht ungünstig gewählt. Kurz zuvor[1]) hat er der Vormerkung die Eigenschaft als bedingtes Recht, die er ihr jetzt unbedingt und als selbstverständlich verweigert, zuerkannt, wie es, so führt er aus, in den Protokollen der II. Kommission zum Ausdruck gekommen sei:[2]) „Der Gesetzgeber könne sich damit begnügen, dieselbe Wirkung wie bei einem bedingten Rechte[3]) anzunehmen". Für Turnaus Ansicht von dem Wesen der Vormerkung spricht ebensowenig, was er bei der Behandlung des dinglichen Vorkaufsrechtes sagt:[4]) „Könnte auch das obligatorische Vorkaufsrecht vorgemerkt werden, dann würde es dadurch ebenso dinglich werden, wie das dingliche Vorkaufsrecht der §§ 1094 ff." Hier wird wohlverstanden nicht gesagt, durch Vormerkung würde alsdann auch das obligatorische Vorkaufsrecht ein obligatorisches mit dinglicher Wirkung, oder nur es wirkt dinglich, sondern es wird dinglich, ein dingliches Recht. Im Verlaufe unserer weiteren Ausführungen werden wir noch mehrere Male Gelegenheit haben, einen Widerspruch zwischen der theoretischen Erklärung der Vormerkung und den ihr beigelegten praktischen Wirkungen bei Turnau zu konstatieren.

Planck, der sich nur sehr unbestimmt über die rechtliche Bedeutung der Vormerkung äussert, neigt zweifelsohne zur Ansicht Turnaus, wenn er sagt, sie sei „einem Veräusserungsverbot nahe verwandt".[5]) Mit der Bemerkung „Vormerkung ist ein formelles Sicherungsmittel dinglicher Natur" hat Planck, wie ich das des Näheren bereits in meiner Einleitung erörtert habe, keine Antwort auf die theoretisch und praktisch in der Lehre der Vormerkung im Vordergrunde stehende Frage gegeben. Was die Vormerkung als solche ist, darüber kann gar kein Streit herrschen. Auf die Frage, welches sind die Wirkungen der Vormerkung, welches ist das Wesen des vorgemerkten Rech-

[1]) a. a. O. I, 149.
[2]) a. a. O. Bd. III, S. 112.
[3]) Bedingtes dingliches Recht ist gemeint.
[4]) a. a. O. I, S. 474.
[5]) a. a. O. III, S. 95 no. 2.

tes, da wo es sich um Eintragung eines Rechtes handelt, darauf giebt uns Planck keine direkte Antwort. Dass er jedoch Turnaus Standpunkt teilt, unterliegt nach der oben citierten Äusserung keinem Zweifel. „Für die Rechtliche Natur des Instituts kommt in Betracht,[1]) dass ein Antrag in der II. Kommission, es zu einem dinglichen Recht auszugestalten, nicht angenommen ist“.[2]) Diesen Beschluss begründet er[3]) folgendermassen: „Der Gesetzgeber hat aber ein praktisches Bedürfnis für eine solche Gestaltung[4]) nicht anerkannt, sondern den Zweck der Vormerkung als eines Mittels zur Sicherung eines persönlichen Anspruches dadurch zu erreichen geglaubt, dass der Gläubiger nach wie vor mit der Geltendmachung dieses Anspruches an den ursprünglichen Schuldner verwiesen,' der jeweilig eingetragene Berechtigte aber, ähnlich wie gegenüber einem Anspruch auf Berichtigung des Grundbuches[5]) verpflichtet wird, seine grundbuchmässige Zustimmung zur Verschaffung des Rechtes zu erteilen“. Denn, fährt er fort,[6]) der Weg, dass z. B. bei einer Vormerkung auf Auflassung der Dritte ohne weiteres dem Gläubiger das Grundstück auflasse, erscheine, mindestens wenn Streit mit dem Schuldner zu besorgen sei, nicht so sicher wie der durch § 888 vorgezeichnete, weil die Auflassung ohne Mitwirkung des Schuldners nicht beweise, dass dessen Verbindlichkeit durch sie hat erfüllt werden sollen. Das letzte ist deshalb kein Grund, weil die Vormerkung, wenn eine thatsächliche Verpflichtung zur Bewilligung der Eintragung seitens des Belasteten vorlag, das Moment der Einigung, der Zustimmung des Schuldners ersetzen sollte. Ob aber das von Planck geleugnete praktische Bedürfnis zur Ausgestaltung der Vormerkung zu einem dinglichen Rechte vorlag oder nicht, und ob eine solche Ausgestaltung in der That nicht vorgenommen ist, wollen wir an der Hand von Plancks eigenen Ausführungen genauer untersuchen. Nachdem er zuvor die nahe Verwandtschaft der Vor-

[1]) Planck a. a. O. Bd. III, S. 95 no. 2.
[2]) S. auch oben S. 8.
[3]) a. a. O. III, S. 102 no. I, 2 Abs. 2 zu § 888.
[4]) Zu einem dinglichen Rechte.
[5]) § 894.
[6]) a. a. O. Bd. III, S. 102 I, 2a Abs. 1.

merkung mit einem Veräusserungsverbot angenommen hatte, erwarten wir die Wirkungen des Instituts nach Art eines Veräusserungsverbotes von ihm dargestellt zu sehen. Das geschieht aber an keiner Stelle, er legt ihr im Gegenteil, wo es nötig erscheint, gerade entgegengesetzte Wirkung bei. Man könnte, meint Planck,[1]) sagen, bei Bestehen einer Vormerkung auf Auflassung könne nach Massgabe des § 772 der C.P.O. die Zwangsversteigerung nicht stattfinden „solange ein Veräusserungsverbot der in den §§ 135, 136 B.G.B. bezeichneten Art besteht, kann der Gegenstand, auf den es sich bezieht, nicht veräussert werden". Ein solcher Schluss ist m. E. auch unumgänglich für jeden, der wie Planck die Vormerkung für eine Art Veräusserungsverbot hält; es liegt gar kein Grund vor, dann nicht auch auf beide Institute dieselben prozessualen Vorschriften anzuwenden. Planck zieht diesen Schluss jedoch nicht, die beiden Institute seien zwar nahe verwandt, das Motiv, auf dem der § 772 C.P.O. beruhe, treffe auch bei der Vormerkung zu, aber die Vormerkung wirke andrerseits doch schwächer, weil sie auch durch Bewilligung des Schuldners eingetragen werden könne. Damit hat Planck jedenfalls den Widerspruch zwischen seiner Konstruktion der Vormerkung als ein dem Veräusserungsverbot nahe verwandtes Institut und seiner Behauptung der Nichtanwendbarkeit des § 772 C.P.O. auf dieselbe nicht beseitigt, die Bedenken gegenüber einer derartigen Auffassung nur vergrössert. Hierzu kommt auch, dass er stets die Dinglichkeit der Vormerkung betont. So z. B. als man von einer Seite[2]) ihre Wirkung im Konkurse abzuschwächen versucht, tritt er dem entschieden entgegen:[3]) „Dann aber würde die dingliche Wirkung der Vormerkung bis zu einem Grade abgeschwächt sein, dass das Institut neben dem Veräusserungsverbote kaum noch von praktischer Bedeutung wäre". Bei anderer Gelegenheit heisst es:[4]) „Die Verfügungsbeschränkung, welche durch die Eintragung einer Vormerkung begründet wird,

[1]) a. a. O. III, S. 96 no. 3c, Abs. 4.
[2]) Strecker a. a. O. S. 116 ff.
[3]) a. a. O. III, S. 101.
[4]) a. a. O. III, S. 95 no. 3a zu § 883.

wirkt somit dinglich. Ein weiteres Kennzeichen der Dinglichkeit der Vormerkung ist . . . ." Ebenso:[1]) „Die dingliche Wirkung der Vormerkung tritt am schärfsten in die Erscheinung, wenn der Verpflichtete stirbt . . . ." Schliesslich:[2]) „Die Vormerkung würde nur sehr unvollkommen ihren Zweck erfüllen, wenn sie den Anspruch zwar gegen Verfügungen nach Massgabe des § 883, II sicherte, nicht aber gegen den Einfluss von Ereignissen schützte, welche die Person des Verpflichteten treffen". Wenn an zweiter Stelle von dem Schutz gegen Ereignisse, welche die Person des Verpflichteten treffen, die Rede ist, so ist unter Verfügungen im Vordersatze Verfügungen zu Gunsten Dritter gemeint, wie das auch im Begriffe des Wortes „Verfügung" liegt.

Der Schwerpunkt dieser verschiedenen Citate und das, was sich nicht mit dieser Auffassung vereinbaren lässt, die Planck dem Wesen der Vormerkung zu Grunde legt, ist die Thatsache, dass nirgendwo von einer bloss absoluten Wirkung der Vormerkung gesprochen, sondern stets die dingliche Wirkung derselben hervorgehoben wird. Und wenn Planck von der Dinglichkeit der Vormerkung spricht,[3]) dann vermag ich mir, unbeschadet der andern Frage, ob er damit auch Recht hat, schlechterdings nur ein dingliches Recht vorzustellen. Wäre nur von einer absoluten Wirkung der Vormerkung, gegen jedermann, die Rede gewesen, dann hätte sich das vollkommen mit dem gedeckt, was Motive und Protokolle hinsichtlich des Wesens dinglicher Rechte einerseits und obligatorischer Rechte andererseits als Grundsatz aufstellen, und dem er sich in seinen Vorbemerkungen[4]) ausdrücklich anschliesst. „Die Begriffe absolut und dinglich, sowie relativ und obligatorisch deckten sich; obwohl man das von verschiedenen Seiten behaupte, durchaus nicht, einerseits sei mitunter dinglichen Rechten die absolute Wirkung versagt, andererseits aber obligatorischen Rechten in bestimmten Fällen absolute Wirkung verliehen". Ich wieder-

[1]) a. a. O. III, S. 71, Vorbem. zu II. Abschnitt, VIII, 3b.
[2]) a. a. O. III, S. 97 zu § 884, 1. Satz.
[3]) a. a. O. III, S. 95.
[4]) a. a. O. III, S. 9 II, 4.

hole, von diesem Standpunkt aus hätte es sich unschwer rechtfertigen lassen, wenn er von einer absoluten Wirkung der Vormerkung gesprochen hätte. Dies thut er aber nicht, sondern kennt nur, wie wir oben gesehen haben, die dingliche Wirkung, beziehungsweise Dinglichkeit der Vormerkung. Das ist, um etwaige Einwürfe von vornherein abzuschneiden, keine leere Wortklauberei, wenn ich mich daran klammere, dass stets nur von einer dinglichen, nicht einer absoluten Wirkung der Vormerkung gesprochen wird. Ich will hier noch nicht darauf eingehen, ob eine solche Auffassung, wie sie Planck aus seinen Darlegungen zweifelsohne logischer Weise hätte ziehen müssen, Existenzberechtigung habe oder nicht; ich begnüge mich, die Konsequenzen festzustellen und die daraus für Planck entspringende Unmöglichkeit, an der Auffassung festzuhalten, Vormerkung sei ein dem Veräusserungsverbot nahe verwandtes Institut, also eine Art Veräusserungsverbot. Planck konnte nur von einer dinglichen Wirkung und Dinglichkeit der Vormerkung reden, denn für ihn handelte es sich nicht bloss um das eine wesentliche Moment der dinglichen Rechte, die Absolutheit, das er den Wirkungen der Vormerkung zu Grunde legte, sondern nach ihm selbst kam noch das zweite wesentliche, den dinglichen Rechten charakteristische Merkmal, eine gewisse Sachherrschaft in der Wirkung hinzu. Denn er hatte[1]) gesagt, die Vormerkung wirke einerseits stärker als das Veräusserungsverbot, da sie das Grundstück, also die Sache selbst ergreife. In seinen Vorbemerkungen[2]) nennt er als Unterscheidungsmerkmal der dinglichen Rechte von den obligatorischen, dass erstere „ihren Gegenstand unmittelbar ergreifen"; er sagt an einer Stelle geradezu: „Das Recht ergreift die Sache selbst". Den gleichen Wortlaut finden wir als Charakteristikum der dinglichen Rechte auch in den Motiven:[3]) „Das dingliche Recht ergreift die Sache selbst".[4]) Planck denkt offenbar nur an die rechtsbegründende Vormerkung; nach alledem, was er ausführt,

---

[1]) a. a. O. III, S. 97 zu § 883 no. 3c Abs. 4.
[2]) a. a. O. III, S. 9, II, no. 3 Abs. 2 u. 5.
[3]) a. a. O. III, S. 2.
[4]) Vgl. auch Haidlen II, S. 1 no. II Abs. 1.

ist aber nur anzunehmen, dass gegebenen Falls die Vormerkung das betreffende, die Sache ergreifende Recht, das heisst das Sachenrecht, bereits erzeugt. Er selbst gelangt jedoch nicht zu diesem Schluss. Indem er bei einer Streitfrage die Behauptung abweist, als sei die Vormerkung ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht, sagt er:[1] „Diese Behauptung kann jedoch als richtig nicht anerkannt werden, denn wenn dem an sich nur persönlichen Anspruch auf Auflassung nach Eintragung der Vormerkung auch dingliche Wirkungen eigen sind, so reichen sie doch nicht weiter als das Gesetz sie zulässt. Aber weder das B.G.B. noch die Nebengesetze enthalten eine Bestimmung, durch welche dem vorgemerkten Anspruche die Wirkung des Eigentumsanspruches beigelegt würde. Erst wenn die Auflassung an den Gläubiger erklärt oder der Schuldner zur Abgabe der Auflassungserklärung in Gemässheit des § 894 C.P.O. Abs. 1 rechtskräftig verurteilt ist, kann es sich fragen, wie der Anspruch des Berechtigten gegenüber einem Dritten, an den inzwischen das Grundstück veräussert wurde, verwirklicht werden soll. Diese Frage aber ist nach der positiven Vorschrift des § 888 dahin zu entscheiden, dass der Dritte verpflichtet ist, der Eintragung des Beteiligten seine Zustimmung zu geben. Der entsprechende Anspruch des Gläubigers ist allerdings auf die Vormerkung zurückzuführen, aber nicht weil der vorgemerkte Anspruch die Wirkung des Eigentumsanspruchs hätte, sondern weil ihm gegenüber der Eigentumserwerb des Dritten unwirksam ist“. Plancks Argumentation ist gar nicht überzeugend, denn man muss sich fragen, wem gegenüber, welchem Rechtsverhältnis gegenüber ein Eigentumserwerb unwirksam ist. Nur zweierlei ist denkbar, entweder einem anderen, früheren, rechtlichen Eigentumserwerb, oder einem Veräusserungsverbot. Das letztere ist nach seinen eigenen Ausführungen nicht aufrecht zu erhalten.[2]) Die Wirkungen, die Planck der Vormerkung beilegt, laufen der Darstellung der Vormerkung als einer Art Veräusserungsverbot zuwider. Die Beweisführung bewegt sich überdies im circulus vitiosus, es ist

[1]) a. a. O. III, S. 96 no. 3c Abs. 3.
[2]) Vgl. die vorstehenden Ausführungen.

gerade fraglich, welches das Wesen des Instituts ist, das diese Wirkungen hervorruft. Planck will das Wesen des Institutes erst finden.

Zu § 888[1]) entgegnet Planck auf die Behauptung Streckers, auch bei Vormerkungen stehe eventuell dem Konkursverwalter bei zweiseitigen noch nicht oder nicht vollständig erfüllten Verträgen ein Rücktrittsrecht zu: „Wenn diese Auffassung richtig wäre, würde die dingliche Wirkung der Vormerkung bis zu einem Grade abgeschwächt sein, dass das Institut neben dem Veräusserungsverbote kaum noch von praktischer Bedeutung sein würde. . . . Der Hinweis Streckers auf die obligatorische Natur des Anspruches vermag diese Erwägungen nicht zu entkräften. Allerdings verliert der Anspruch durch die Vormerkung seinen persönlichen Charakter ebensowenig wie eine Forderung denselben dadurch abstreift, dass sie durch eine Hypothek gesichert wird; der Schuldner kann daher nach wie vor die ihm gegen den Anspruch zustehenden Einreden geltend machen. Aber die Vormerkung hat gleichwie die Hypothek dingliche Wirkung und diese Wirkung zeigt sich hauptsächlich darin, dass sie von dem Konkurse des Schuldners unberührt bleibt“. Was Planck hier sagt, deckt sich vollkommen mit den oben[2]) wiedergegebenen Citaten von der dinglichen Wirkung beziehungsweise Dinglichkeit der Vormerkung. Nur hätte Planck nicht mehr daran festhalten können, dass die Vormerkung eine Art Veräusserungsverbot sei, wenn er hieraus einen einfachen Schluss gezogen hätte, der sich bei seiner Ausführung dergestalt aufdrängt, dass er sich nicht von der Hand weisen lässt.

Der Anspruch verliert durch die Vormerkung seinen persönlichen Charakter ebensowenig wie eine Forderung denselben dadurch abstreift, dass sie durch eine Hypothek gesichert wird. Aber die Vormerkung hat gleichwie die Hypothek dingliche Wirkung, ist also nach Planck gegebenen Falls ein dem Hypothekenrecht analoges Recht, mit andern Worten: das vorgemerkte Recht ist ein Sachenrecht.

Bestände überhaupt noch ein Zweifel, ob für Planck die Konstruktion der Vormerkung nach Art eines Veräusserungs-

[1]) a. a. O. III, S. 101 f. no. I, 1 Abs. 4.
[2]) S. 31.

verbotes möglich ist, so entzieht er selbst dieser Auffassung den Boden. In seinen Erläuterungen zum § 883[1]) findet sich folgender Passus: „Wird der Anspruch, den die Vormerkung sichern soll, auf einen andern übertragen, so geht auf diesen auch die durch die Vormerkung begründete Rechtsstellung des Gläubigers über, sofern nicht etwa der Übergang ausgeschlossen ist. Der Übergang kann in das Grundbuch eingetragen werden".[2]) Der § 19 G.B.O., auf den hier verwiesen wird, lautet: „Eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird". Die Konstruktion der Vormerkung als eine Art Veräusserungsverbot bricht zusammen, wenn Planck sagt, die Eintragung der Cession sei zulässig, denn die herangezogene Vorschrift kennt nur ein Recht, hinsichtlich dessen eine Eintragung stattfindet. Giebt Planck also die Eintragungsfähigkeit der Cession zu, so muss er auch zu Gunsten desjenigen, für den die Vormerkung eingetragen ist, annehmen, dass für ihn ein Recht an einem Grundstücke oder an einem solchen Rechte im Grundbuche stand, welches nun gemäss § 19 G.B.O. von der Eintragung der Cession betroffen wird. Übertragen werden kann nur ein bestehendes Rechtsverhältnis, das aber nach der Sollvorschrift des § 40 G.B.O. im Grundbuche eingetragen sein muss.[3]) Es kann sich auch schon deshalb nur um Eintragung der Abtretung eines dinglichen Rechtes handeln, weil die Eintragung der Abtretung eines blossen Forderungsrechtes nach Planck selbst ausgeschlossen ist.[4]) „Aus dieser Natur des Grundbuches folgt, dass eine Eintragung, die in dem Gesetze nicht vorgesehen ist, als unstatthaft betrachtet werden muss. Hierher gehört namentlich die Eintragung obligatorischer Rechte..." Man mag auch hier wieder die Sache drehen und wenden wie man will, wollte man den Planckschen Ausführungen bezüglich der Eintragungsfähigkeit der Cession des vorgemerkten Rechtes folgen, so liesse sich das nur von dem Standpunkte verteidigen, dass man annimmt, das vorgemerkte Recht sei ein dingliches Recht.

[1]) a. a. O. III, S. 97 unter Ziff. 4.

[2]) G.B.O. § 19.

[3]) „Eine Eintragung soll nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht ... betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist".

[4]) a. a. O. III, S. 66, Vorbem. II. Abschnitt, Ziff. VII Abs. 1.

Unverträglich mit seiner Konstruktion ist schliesslich auch die Art und Weise, wie er die Bestimmungen des § 886 B.G.B. zu begründen versucht. Es heisst dort:[1]) „Ist der vorgemerkte Anspruch erloschen, so ist das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage nicht mehr im Einklange; der bisherige Gläubiger mithin nach § 894 verpflichtet, die Löschung der Vormerkung zu bewilligen. Eine Unrichtigkeit des Buches liegt freilich an sich nicht vor, wenn der Anspruch nur in Folge einer Einrede . . . versagt. Der § 886 behandelt aber diesen Fall im wesentlichen ebenso wie jenen. Nur der kleine — vielleicht jedoch nicht beabsichtigte — Unterschied ergiebt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, dass der bisherige Gläubiger nach § 894 nur seine ‚Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuches' zu erteilen braucht, nach § 886 dagegen verpflichtet ist, ‚die Vormerkung' zu beseitigen". Ferner zu § 894:[2]) „Die Voraussetzung des Berichtigungsanspruches kann auch in der Eintragung . . . einer Vormerkung liegen". Mit der Vormerkung verhält es sich nach Planck in dieser Beziehung ähnlich wie mit dem Widerspruch, der Schutz eines dinglichen Rechtes stehe freilich nicht in Frage. Durch die Vormerkung werde aber überdies eine Verfügungsbeschränkung begründet, die, wenn sie nicht bestehe, für den Berechtigten nach § 894 B.G.B. den Berichtigungsanspruch erzeuge, weil sich das Grundbuch dadurch mit der wirklichen Rechtslage in Widerspruch setze, dass es das der freien Verfügung des Berechtigten unterliegende Recht den mit der Vormerkung verbundenen Beschränkungen unterwerfe. Hierzu bemerke ich, gerade Planck steht an der Spitze derer, die immer wieder betonen,[3]) dass der vorgemerkte Anspruch im Grundbuche stets nur ein bloss obligatorischer bleibe, der „Gläubiger mit der Geltendmachung dieses Anspruchs an den ursprünglichen Schuldner verwiesen wird".[4]) Nach Planck und den Anhängern seiner Meinung bleibt der Anspruch ein persönlicher und der Schuldner kann nach wie vor ungehindert über sein Grundstück verfügen, ohne dass ihn die Vor-

[1]) a. a. O. III, S. 99 zu § 886 Ziff. 2.
[2]) a. a. O. III, S. 117 Anm. II Ziff. 3b.
[3]) S. auch III, S. 101 Anm. I Ziff. 1 Abs. 4.
[4]) a. a. O. III, S. 102 Ziff. II Abs. 2.

merkung behindert oder beeinträchtigt, nach ihm ist es Sache des Vormerkungsberechtigten, seine Ansprüche gegen den Verfügenden, nicht aber gegen den, zu dessen Gunsten verfügt ist, in erster Linie geltend zu machen.[1]) Wenn trotz alledem Planck den Anspruch auf Beseitigung der Vormerkung aus dem § 886 B.G.B. auf den Berichtigungsanspruch zurückführen will, so lässt sich das immer nur von dem Gesichtspunkt erklären, den ich oben bereits zu wiederholten Malen seinen Ausführungen zu Grunde gelegt habe. Wenn er meint, eine zu Unrecht noch bestehende Vormerkung vermöge einen Berichtigungsanspruch zu erzeugen, so muss er davon ausgehen, dass die Vormerkung beziehungsweise das vorgemerkte Recht auf die von ihr betroffene Sache, das Grundstück oder Grundstücksrecht, direkt einwirken, dass sie gegebenen Falles ein die Sache ergreifendes Recht, das heisst Sachenrecht erzeugen.

Das Gesamtergebnis unserer Prüfungen ist im kurzen das: abgesehen von der Bezeichnung „formelles Sicherungsmittel dinglicher Natur“, die, wenn sie eine Konstruktion des vorgemerkten Rechtes andeuten sollte, nur auf eine schief gestellte Frage Antwort gebe, enthält sich Planck im wesentlichen einer bestimmten Konstruktion; den Versuch, sie als ein dem Veräusserungsverbot nahe verwandtes Institut hinzustellen, der in der That auch nur ein Produkt dieser schiefen Fragestellung ist, widerlegt er selbst ein und für alle Mal durch Hinweis auf G.B.O. § 19, wonach das vorgemerkte Recht nach seiner Auffassung ein Recht und zwar Grundstücksrecht oder Recht an einem solchen sein muss.

Sodann vermag ich aber den Wert einer Konstruktion wie derjenigen Plancks überhaupt nicht einzusehen. Zweck allen Konstruierens ist doch, aus bekannten Rechtssätzen auf ein höheres Prinzip, einen höheren Begriff zu schliessen, um aus letzterem neue, praktisch unentbehrliche Sätze ableiten zu können. So lange man aber nur erkannt hat, dass der zu entwickelnde höhere Begriff, das zu suchende höhere Prinzip mit einem andern Begriff, anderen Prinzip verwandt ist,[2]) befindet man sich

---

[1]) S. auch oben citiert.

[2]) Vgl. Planck a. a. O. III, S. 95 Ziff. 2, S. 96 Ziff. 3 Abs. 4.

nicht im Besitze einer Prämisse, die zu irgendwelchen Schlussfolgerungen verwandt werden darf. Der Hinweis auf ein bekanntes Rechtsinstitut kann nur dann Wert haben, wenn der Nachweis erbracht werden kann, dass der zu suchende Begriff mit diesem Rechtsinstitut vollkommen übereinstimmt. Gelingt diese Beweisführung nicht, so bleibt nichts übrig, als einen neuen Begriff, ein neues Prinzip aufzustellen, dessen Formulierung sich mit Notwendigkeit aus den bekannten Rechtssätzen ergiebt.[1])

Was hier im allgemeinen von der Unmöglichkeit, die durch Eintragung einer Vormerkung geschaffene Rechtsposition, mit der durch Eintragung eines Veräusserungsverbotes herbeigeführten in Parallele zu stellen, gesagt ist, gilt im gleichen Umfange auch für dieselbe von Kober versuchte Konstruktion und für die Autoren des B.G.B., welche in der II. Kommission eine gleiche Auffassung vertreten haben.

Biermanns Definition auf ihre Richtigkeit zu prüfen, behalte ich mir für später vor, obwohl ich trotz seiner eigenen gegenteiligen Behauptung eine gewisse Verwandtschaft mit dem eben Besprochenen für festgestellt erachte. Da er sich jedoch insbesondere polemisierend gegen Fuchs wendet, empfiehlt es sich aus diesem Grunde, Biermann in enger Verbindung mit Fuchs zu behandeln.

§ 9.

1 c. Den bequemsten Weg zur Lösung unserer Frage hat Oberneck eingeschlagen.[2]) Denn, wenn er sagt,[3]) die obligatio verwandele sich kraft Gesetzes in eine solche mit unbestimmtem Gegner, obligatio in rem scripta, darüber hinaus habe man ihr für besondere Fälle unmittelbare, dingliche Wirkung beigelegt, die als positive Ausnahme das Wesen derselben nicht berühre, so besagt das nichts anderes, als dass der vorgemerkte

[1]) Dasselbe gilt von Weigelt S. 84 Ziff. II.

[2]) Wie wenig der Optimismus Obernecks am Platze ist, wenn er meint, es handele sich lediglich um theoretische Streitigkeiten, die für die Praxis bedeutungslos seien, hat Biermann (a. a. O. S. 184 § 20) bereits ganz richtig betont.

[3]) S. oben S. 11.

Anspruch zwar eine obligatio in rem scripta, im übrigen aber aus einer ganzen Reihe von Sätzen des ius singulare zusammengesetzt sei.[1]) Auch Oberneck hat sich nicht ganz frei gehalten von dem Fehler, den Planck und andere machen, dem der schiefen Fragestellung. Er sagt:[2]) „Ob die Vormerkung sich als eine selbständige dingliche Belastung des Grundstückes charakterisieren lässt, ist nach den Gesetzesmaterialien jedenfalls zweifelhaft". Er spricht zwar späterhin stets vom vorgemerkten Anspruch, soweit es sich um seine eigene Konstruktion handelt, hat aber doch zweifelsohne die falsche Fragestellung, die in dem vorher citierten Satze liegt, nicht erkannt. Biermann unterschätzt die Ansicht Obernecks, wenn er annimmt,[3]) es sei das eine blosse Bezeichnung, aus der Schlüsse nicht gezogen werden könnten. Obernecks Konstruktion setzt sich in Widerspruch mit dem erkannten Grundsatz, obligatorische Rechte, einerlei welcher Art, gehörten nicht in die öffentlichen Bücher. Von diesem Mangel aber abgesehen, ist seine Lösung an und für sich eine denkbare. Es muss jedoch m. E. daran festgehalten werden, dass der, welcher eine Norm als ius singulare bezeichnen will, um dasselbe so bei dem Aufbau seiner Konstruktion ausser Acht lassen zu können, einen schlagenden Beweis der Regelwidrigkeit dieser Norm erbringen muss, und da meine ich, ist es doch höchst unwahrscheinlich, dass sich gerade die einzigen Sätze, die sich unumwunden über die materielle Wirkung der Vormerkung aussprechen, wie § 883 Abs. 3, § 884 B.G.B., § 24 K.O., § 193 K.O, § 48 Zw.V.G., iura singularia sein sollten, die also mit dem Wesen des Institutes nicht im Einklang ständen, weil in diesen Punkten die Gesetzgeber propter aliquam utilitatem eine anormale Regelung vorgezogen hätten. Ich nehme im Gegenteil an, dass, sollte die Vormerkung ihren Zweck erfüllen, diese Sätze so lauten mussten, wie sie lauten.

---

[1]) Dieser Ans. Weigelt a. a. O. S. 16 Ziff. III Abs. 1, S. 19 Ziff. I 3. Abs., S. 22 Abs. 3.

[2]) a. a. O. S. 250 § 48 Ziff. 3.

[3]) a. a. O. S. 177.

§ 10.

2. Gierke, Lehmann und Biermann in seinem Sachenrecht haben das vorgemerkte Recht als ius ad rem charakterisiert und damit diejenige Auffassung gewählt, die am meisten der Kritik exponiert ist. Um die Unzulässigkeit einer derartigen Auffassung nachzuweisen, genügt der Hinweis darauf, dass das B.G.B. die Kategorie der iura ad rem nicht kennt.[1]) Den Gegensatz zwischen der ausgesprochenen Absicht der Autoren des B.G.B. in diesem Gesetze scharf zu unterscheiden zwischen Sachenrecht und Obligationenrecht und der Charakteristik des vorgemerkten Rechtes als ius ad rem verschärft Gierke noch, indem er sagt:[2]) „So baut das formelle Sachenrecht Brücken zwischen Obligationenrecht und Sachenrecht". Biermann, der in seiner Monographie diese Ansicht fallen liess, nimmt davon nur insofern Notiz, als er meint, es sei das ja nur eine blosse Bezeichnung. Für mich ist das denn doch mehr, es beweist mir insbesondere, dass man stets mit der Erklärung, das vorgemerkte Recht im Grundbuche ist ein obligatorisches Recht mit dinglichen Wirkungen oder eine Art Veräusserungsverbot, sich nicht recht zufrieden gegeben hat. Gerade in diesem angeblichen Suchen nach einer korrekten Ausdrucksweise liegt meines Erachtens das indirekte Zugeständnis, rein obligatorisches Recht ist das im Grundbuch vorgemerkte Recht nicht. Die Konstruktion des vorgemerkten Rechtes als eines ius ad rem ist aber auch an sich nicht denkbar, es sei denn, dass man sich die Theorie des ius ad rem als eines relativ-dinglichen Rechtes aneignen wollte, wie man sie neuerdings zu konstruieren versucht hat.[3]) Meines Erachtens dürfte sich aber für die Jurisprudenz ebensowenig die Möglichkeit der Konstruktion eines relativ-dinglichen Rechtes ergeben, wie die des von Kant aufgestellten dinglich persönlichen Rechtes.[4]) Der Auffassung Gierke ist ferner zu entgegnen, dass auch sie nur aufrecht zu erhalten ist, wenn man die in den §§ 24, 193 K.O., § 884

[1]) S. Motive Bd. I, S. 218.
[2]) a. a. O. S. 21.
[3]) Vgl. insbes. Ziebarth, Realexekution und Obligation.
[4]) Der Ehegatten gegen einander.

B.G.B., insbesondere § 48 Zw.V.G. enthaltenen Rechtssätze als regelwidrig bezeichnet, denn aus der Eigenschaft des vorgemerkten Rechtes als ius ad rem lassen sich diese Rechtssätze nicht erklären, da doch ein ius ad rem immer nur einen persönlichen Anspruch gegen den erzeugt, der es mala fide verletzt.

Es gilt also hier ganz dasselbe, was ich gegenüber der Konstruktion Oberneeks bemerkt habe.

§ 11.

3. Eine ganz neue Kategorie von Rechtsbegriffen hat Enneccerus aufgestellt, mittels deren er auch die Frage nach dem Wesen des vorgemerkten Rechtes in befriedigender Weise lösen zu können glaubt. Die Erwerbsberechtigungen sollen nach ihm nahe verwandt sein den dinglichen Rechten, jedoch diesen nicht vollkommen gleich, denn sonst wäre die Neubildung überflüssig. Nach ihm verbindet sich im Falle der Eintragung einer Vormerkung mit der persönlichen eine dingliche Berechtigung auf Erwerb des betreffenden Rechtes. Diese Konstruktion ist meines Erachtens ungenügend, um die Wirkung der Vormerkung im Konkurse zu erklären. Nach dem in § 15 K.O. niedergelegten fundamentalen Grundsatz der par condicio creditorum kann nach Eröffnung des Konkursverfahrens ein Recht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern nicht erworben werden. Über diesen Grundsatz müsste man sich hinwegsetzen, wollte man die Konstruktion Enneccerus annehmen. Auch dürfte sich mittels derselben wohl kaum die Wirkung der Vormerkung erklären lassen, die einen Anspruch auf Löschung eines Rechtes sichert.

Neuerdings hat Zitelmann [1]) die Rechte in neue Kategorien eingeteilt, eine Kategorie davon bilden „die Rechte des rechtlichen Könnens", als Unterabteilung unter anderen auch die sogenannten „Anwartschaftsrechte". [2]) Vermutlich dürften dahin auch die von Enneccerus aufgestellten „Erwerbsberech-

[1]) Vgl. a. a. O. Bd. II, S. 50 ff.

[2]) Auch Crome (System des deutsch. bürg. Rechts Bd. I, S. 176 Anm. 8) rechnet die Vormerkung unter die Anwartschaftsrechte, vgl. dazu das zu Enneccerus Gesagte.

tigungen" zu zählen sein. — Ich halte es nun nicht für ausgeschlossen, dass man ev. den Versuch machen wird, die Vormerkung als ein „Recht des rechtlichen Könnens" zu definieren. Auch eine solche Konstruktion müsste, ganz abgesehen davon, dass mit ihr keine der mannigfachen im Vormerkungsrechte auftretenden Fragen und Schwierigkeiten gelöst werden kann, an dem § 15 K.O. scheitern. Gleich der Vormerkung als Erwerbsberechtigung würde sie auch als „Recht des rechtlichen Könnens" den Fundamentalsatz der par condicio omnium creditorum durchbrechen.

Dem in der 260. Sitzung der II. Kommission gemachten Vorschlage auf Durchbildung des Instituts der Vormerkung zu einer selbständigen, dem Pfandrecht ähnlichen Belastung scheint Cosack in seinem Lehrbuch des B.G.B. gefolgt zu sein. Biermann hat Cosack Unrecht gethan, wenn er von ihm schlechthin behauptet, er habe die Vormerkung als dingliches Recht konstruiert.[1]) Hören wir nebeneinander die verschiedenen Bemerkungen Cosacks über die Vormerkung:[2]) „Das Vormerkungsrecht ist ein eigentümliches dingliches Recht, das der vorgemerkten Forderung schirmend zur Seite tritt".[3]) „Das Vormerkungsrecht ist ein dingliches Recht . . . . . Das Vormerkungsrecht ist ein beschränktes dingliches Recht erster oder zweiter Ordnung . . . ."[4]) „Ein Recht „am" Grundstück oder „an" einem Recht ist das Vormerkungsrecht niemals . . . . Das Vormerkungsrecht ist lediglich ein Sicherungsmittel für die vorgemerkte Forderung". Das dingliche Recht, von dem Cosack hier spricht, ist seine eigene Schöpfung, es hat mit dem sonst üblichen Begriffe des B.G.B. vom dinglichen Rechte nichts zu thun. Biermann hätte das unschwer aus dem Absatze 5 derselben Stelle[5]) ersehen können, wo Cosack sagt, über die von ihm entwickelten Regeln hinaus habe Fuchs den Inhalt des Vormerkungsrechtes ausgedehnt; er sage, die Vormerkung des Anspruchs auf Bestellung einer Hypothek sei einfach eine be-

[1]) a. a. O. S. 178.
[2]) a. a. O. no. III, Abt. I, S. 23 Ziff. II.
[3]) a. a. O. S. 25 Ziff. 2.
[4]) a. a. O. S. 25 Ziff. 2 Abs. 3.
[5]) a. a. O. S. 25 Ziff. 2.

dingte Hypothek. Wenn Cosack also selbst zugiebt oder vielmehr meint, Fuchs gehe mit der Konstruktion der Vormerkung als eines bedingten dinglichen Rechtes über die von ihm aufgestellte Ansicht hinaus, dann kann man niemals sagen, Cosack habe die Vormerkung als unbedingtes dingliches Recht aufgefasst. Wollte man, wie Biermann das offenbar thut, auf Cosacks Sprachgebrauch hinsichtlich des dinglichen Vormerkungsrechtes die Terminologie, welche den Gesetzgebern vorgeschwebt hat und auch von der herrschenden Meinung durchgängig angenommen ist, in Anwendung bringen, dann würde man vor einer contradictio in adjecto stehen, insofern nach Cosack Vormerkungsrecht ein dingliches Recht, aber kein Recht „am“ Grundstück oder „an“ einem Recht ist, während sich nach der allgemeingebräuchlichen Terminologie die letzteren Ausdrücke vollkommen decken. Für Cosack war es einfach ausgeschlossen, die Streitfrage nach dem Wesen und der Wirkung der Vormerkung richtig zu beantworten. Auch er hat, statt nach dem Wesen des vorgemerkten Rechtes zu fragen, sich abgemüht, eine Definition der Vormerkung zu finden. Einmal hat er auch diese Frage an sich richtig beantwortet:[1] „Das Vormerkungsrecht ist lediglich ein Sicherungsmittel . . . .“ Damit sagte er aber nichts Neues, denn das hatte von Anfang an für die Autoren des B.G.B. festgestanden und ist nie bezweifelt worden; man wollte mit der Vormerkung ein Sicherungsmittel schaffen, gleichwie auch die frühere Vormerkung und protestatio pro conservando jure et loco ein Sicherungsmittel gewesen war. Hätte Cosack diese Frage erschöpfen wollen, dann hätte er hinzufügen können, sie ist eine Eintragung in das Grundbuch, und wahrscheinlich würde ihm niemand darin widersprochen haben. Wie sehr Cosack von seiner schiefen Fragestellung befangen ist, beweist insbesondere, dass er dieselbe — mit Unrecht allerdings — auf die Deduktionen von Fuchs überträgt und meint, dieser konstruiere gegebenen Falles die Vormerkung als eine bedingte Hypothek. Fuchs stellt die Frage richtig nach dem „Wesen des vorgemerkten Rechtes“, nicht des Vormerkungsrechtes und will das vorgemerkte Recht als bedingtes dingliches

[1]) a. a. O. S. 25 Ziff. 2 Abs. 3.

Recht angesehen haben, nicht aber die Vormerkung. Dass für Cosack das Vormerkungsrecht kein rein dingliches Recht sein kann, selbst wenn man mit Biermann annehmen wollte, dass er ein solches dingliches Recht konstruiert unter Hinweis auf das, was er in der Einleitung sagt,[1]) das B.G.B. verstehe unter „Rechten an Sachen" nur einen Teil der dinglichen Rechte, nicht aber gewisse andere dingliche Rechte, z. B. das dingliche Recht des Mieters, das auf einer Vormerkung beruhende Recht, erhellt aus folgender Erwägung. Die Vormerkung als dingliches Recht hätte der Verjährung nicht unterliegen dürfen, auch auf die Vormerkung als eingetragenes dingliches Recht der öffentliche Glaube des Grundbuches sich erstrecken müssen. Beides wird von Cosack verneint:[2]) „Der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich nicht auf . . . . . c) vorgemerkte Forderungsrechte"; ferner:[3]) „Solange ein Recht im Grundbuche endgültig eingetragen . . . . . unterliegen die Ansprüche aus diesem Rechte keiner Verjährung. Eine Ausnahme gilt für das Vormerkungsrecht: Die Ansprüche aus diesem Rechte verjähren in gleichem Umfange wie die Ansprüche aus der vorgemerkten Forderung". Hierzu liesse sich vielleicht einwenden, es sei das kein zwingender Gegengrund, man vermöge leicht diese Ausnahme als ius singulare zu begründen. Aus einer Fussnote:[4]) „Das Gesetz schweigt", ersieht man aber, dass Cosack das Bestehenbleiben der Wirkung der Verjährung unmittelbar aus der rechtlichen Natur des Instituts folgert. Von der Auffassung, das vorgemerkte Recht sei ein dingliches Recht im Sinne des B.G.B. ausgehend, hätte man zu solchem Schlusse nicht kommen können. Cosacks Konstruktion ist mithin nichts anderes als eine Neu-Bezeichnung des Institutes der Vormerkung, die uns aber keinerlei Möglichkeit an die Hand giebt, die erheblichen Schwierigkeiten, die sich praktisch über die Frage nach dem Wesen des vorgemerkten Rechts erheben, zu lösen. Ein Versuch, die Fragestellung Cosacks zu rektifizieren und, was er

---

[1]) a. a. O. S. 2 Ziff. 2.
[2]) a. a. O. S. 37 § 180 Ziff. II, 2c.
[3]) a. a. O. S. 45 § 181 Ziff. II, 2.
[4]) a. a. O. S. 45 Note 7.

vielleicht meint, zu sagen, das vorgemerkte Recht als ein eigentümliches dingliches Recht aufzufassen — das natürlich mit dem, was das B.G.B. unter einem dinglichen Rechte versteht, nichts zu thun hat, — muss an denselben Schwierigkeiten scheitern, wie das ius ad rem Gierkes und die Erwerbsberechtigungen Enneccerus'. Man würde damit wieder ein Zwitter-Institut zwischen dinglichem und obligatorischem Recht schaffen, das unbedingt im Gesetze ausgeschlossen sein sollte. Was aber noch bedenklicher, man würde mit dem Prinzipe des Buchsystems nur dingliche Rechte, — dinglich hier im Sinne der Terminologie des B.G.B. gebraucht — in die Grund- und Hypothekenbücher einzutragen, brechen, wollte man das Cosacksche Vormerkungsrecht, das ja kein eigentliches dingliches Recht ist, zur Eintragung zulassen. Vielleicht kann noch auf die auch mit dieser Konstruktion verbundene Durchbrechung des Grundsatzes der par condicio creditorum hingewiesen werden.

Am nächsten lehnt sich an den Antrag 1 der II. Kommission 260. Sitzung [1]) Jaeger in seiner Konkursordnung an, indem er

[1]) In der 260. Sitzung der II. Kommission wurde unter 1. ein Antrag eingebracht: „Die Vormerkung, welche bei Grundstücken eine der Sicherungshypothek, bei Rechten eine dem Pfandrecht ähnliche Belastung ist", soll in einem besonderen Abschnitt geregelt und ergänzt werden. (a. a. O. Bd. III, S. 740.)

§ a. Ein Grundstück kann zur Sicherung einer auf Übertragung des Eigentumes an dem Grundstück oder auf Einräumung eines anderen Rechtes an demselben gerichteten Forderung in der Weise belastet werden, dass dem Gläubiger das Recht auf Befriedigung mittelst des Grundstückes auch Dritten gegenüber zusteht (Vormerkung).

Die Forderung kann auch eine künftige oder bedingte sein.

§ c. Wird das belastete Grundstück veräussert, so kann der Gläubiger von dem neuen Eigentümer die Verschaffung des Rechtes verlangen, auf dessen Verschaffung die Forderung gerichtet ist. Andere Verfügungen über das belastete Grundstück sind dem Gläubiger gegenüber insoweit unwirksam, als sie das dem Gläubiger zu verschaffende Recht beeinträchtigen würden. Der rechtsgeschäftlichen Verfügung steht eine Verfügung gleich, die durch Urteil oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgt.

Ist die Forderung auf Einräumung eines das Grundstück belastenden Rechtes gerichtet, so bestimmt sich der Rang des Rechtes nach der Stelle oder dem Datum der Vormerkung.

§ d. Ist das Grundstück in den Besitz des neuen Eigentümers oder eines Dritten gelangt, der ein zum Besitze berechtigendes Recht an dem

anscheinend rückhaltlos das Vormerkungsrecht als ein besonderes „dingliches Sicherungsrecht“ als das dingliche Vormerkungsrecht anerkennt, ähnlich der Arresthypothek. Nur behandelt Jaeger die Sache ziemlich kategorisch, indem er einfach seine Ansicht vorträgt, auf eine sorgfältige Begründung jedoch verzichtet, auch von irgend welchen Konsequenzen aus dieser Konstruktion nichts verlauten lässt. Die Gesetzesbestimmungen, auf die er sich schlechthin als Beweis für seine Behauptung stützt, § 885 Abs. 2, § 24 K.O. als dem § 888 Abs. 1 B.G.B. entsprechend, sind von Gegnern dieser Auffassung zum Beweis des Gegenteils benutzt.[1]) Da wäre gewiss eine eingehendere Beweisführung am Platze gewesen. Zu der Konstruktion im Einzelnen ist dasselbe zu sagen, was bereits an der Konstruktion Cosacks kritisiert ist, dass ihre Antwort bedeutungslos ist, weil sie nicht auf die praktische Frage nach dem Wesen des vorgemerkten Rechtes antwortet, sondern eine zweifellose, bestimmte Antwort noch einmal giebt; er nennt sie ähnlich wie Planck „dingliches Sicherungsrecht“. Das bedurfte keines Beweises, war auch niemals bestritten worden, da das Motiv zur Schaffung der Vormerkung, wie ich bereits bemerkte, von der II. Kommission dahin bestimmt war, ein Sicherungsmittel zu sein.[2]) Dass man diesem Sicherungsmittel dingliche Wirkung verleihen wollte, darüber waltete ebensowenig jemals ein Zweifel ob. Hierzu:[3]) „Einverständnis herrschte darüber, dass die Vormerkung . . . . dingliche Wirkung haben müsse“.

Meines Erachtens setzt Jaeger die juristische Vorstellungskraft vor eine harte Aufgabe. Nimmt man einmal an, es handle sich um einen Anspruch auf Bestellung einer Hypothek, so kann

Grundstücke erworben hat, so bestimmen sich die Ansprüche des Gläubigers gegen den neuen Eigentümer oder den sonstigen Berechtigten auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen, sowie auf Schadensersatz wegen Unterganges oder Verschlechterung und der Anspruch des neuen Eigentümers oder des sonstigen Berechtigten auf Ersatz von Verwendungen nach den Vorschriften, welche für das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer vom Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten“.

[1]) Biermann a. a. O. S. 180.

[2]) Vgl. § 883 Abs. 1: „Zur Sicherung . . . . .“

[3]) a. a. O. Kommissionsprotokolle II, Bd. III, S. 112.

man sich unter seiner Vormerkung, die ein dingliches (Sicherungs-) Recht eigner Art sein soll, noch etwas denken. Es dürfte dann ein der Hypothek ähnliches Institut sein — er selbst verweist auf die Verwandtschaft mit der Arresthypothek —, das bis auf weiteres den Platz für die definitive Hypothek frei hält. Aber meine Vorstellungskraft versagt, wenn ich mir dies Gebilde für den Fall eines Anspruchs auf eine Rangänderung oder Löschung ausdenken soll. Hier versagt der Hinweis auf die Ähnlichkeit mit der Arresthypothek vollkommen. Man nehme insbesondere an, es handle sich um den Anspruch auf Löschung eines Ususfruktus; der Gedanke an eine unvollkommene Hypothek, an eine Hypothek im Embryozustande, ist nicht ganz von der Hand zu weisen; aber ein dingliches Recht, dessen Gegenstand eine Löschung bilden soll, ist für mich wenigstens schlechterdings nicht vorstellbar. Ich nehme an, dass Jaeger seine Konstruktion nach dieser Seite nicht durchdacht hat, sonst würde er sie höchst wahrscheinlich selbst aufgegeben haben.

Dass Jaeger stets durch seine falsche Fragestellung beeinflusst wird, ersieht man daraus,[1]) dass er aus einem Beschluss des Reichsgerichts vom 17. Januar 1891[2]) für die Richtigkeit seiner Behauptung anführt; es heisse dort: „Der vorgemerkte ‚Anspruch ist durch ein dingliches Recht am Grundstücke geschützt'". Dieses aus dem Zusammenhang gerissene Citat scheint allerdings zu Gunsten Jaegers zu sprechen. Er hat hier jedoch auf Kosten der Objektivität zu sehr durch seine eigene Brille gesehen, sonst hätte es ihm nicht entgehen dürfen, dass in der Begründung dieses aus dem Urteil entnommenen Satzes gerade das Gegenteil gesagt ist. Das Reichsgericht führt aus:[3]) „Der Eigentümer ist zwar durch eine Vormerkung gemäss § 8 des E.E.G. vom 5. Mai 1872 nicht an der Belastung . . . gehindert, aber das für den Vorgemerkten eingetragene, zunächst nur b e d i n g t e R e c h t hat zur Folge, dass beim Eintritt der Bedingung alle später begründeten Rechte an dem Grundstück, soweit sie d e m R e c h t e d e s V o r g e-

[1]) Jaeger, K.O. S. 189 § 24 Anm. 5.
[2]) a. a. O. Bd. 27, S. 240.
[3]) a. a. O. Bd. 27, S. 238 unten.

merkten entgegenstehen, keine Rechtswirkungen erzeugen . . ." Mit anderen Worten, nach Ansicht des Reichsgerichts ist nicht die Vormerkung ein dingliches Recht, sondern durch Eintragung der Vormerkung entsteht das dingliche Recht des Berechtigten einstweilen nur in bedingter Form.

Wenn Jaeger in der That die Konstruktion der Vormerkung als eines dinglichen Rechtes konsequent durchführen wollte, hätte er der Vormerkung auch den Schutz des § 878 B.G.B. zubilligen müssen. Dass er das nicht thut, beweist seine Erläuterung zum § 14 K.O. In Anmerkung 32 [1]) sagt er zwar vorsichtig nur, dass während des Konkurses keine Vormerkung mehr eingetragen wird, selbst wenn die einstweilige Verfügung bereits erlassen, ja auch dann, wenn das Urteil gemäss § 895 C.P.O. für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. Eine Ausnahme aber macht er in Anm. 33 ebendort, wenn er zugiebt, dass, wenn das rechtskräftige Urteil bereits ergangen und der Eintragungsantrag nach § 894 C.P.O.[2]) zu dieser Zeit schon gestellt ist, auch nach der Konkurseröffnung ein dingliches Recht an einem Gegenstande der Konkursmasse durch Eintragung mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern begründet werden kann.[3]) Dasselbe hätte er auch dann gelten lassen müssen, wenn durch einstweilige Verfügung Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch angeordnet ist und diese einstweilige Verfügung dem Grundbuchamte vorliegt. Diese notwendige Konsequenz aus der Vormerkung als einem dinglichen Recht, wie sie sich für ihn darstellt, hat er aber nicht gezogen. Das zeigt die ganze Schwäche seiner Konstruktion.

Er sagt allerdings an keiner Stelle, dass das in Anm. 33 Gesagte für eine Vormerkung im Wege einstweiliger Verfügung oder vorläufig vollstreckbaren Urteils nicht gelten sollte; das ersieht man jedoch zweifellos, wenn man hierzu noch vergleicht § 24 Ziff. II Anm. 6:[4]) „Im Augenblicke der Konkurseröffnung muss eine Vormerkung . . . eingetragen sein". Davon macht

---

[1]) a. a. O. K.O., S. 120 § 24.
[2]) § 13 Abs. 2 G.B.O.
[3]) § 15 Satz 2 K.O. und § 878 B.G.B.
[4]) a. a. O. S. 189.

er die Wirkung des § 24 K.O. abhängig. Bei konsequenter Durchführung der Vormerkung als eines dinglichen Rechtes müsste er unzweifelhaft § 15 K.O. letzter Satz[1]) auch auf diese erstrecken.

Dann steht jedoch Jaeger nicht an, für den Berechtigten eine Vormerkung während des Konkurses eintragen zu lassen, wenn dieselbe freiwillig vom Schuldner bewilligt ist und der Antrag nach Massgabe des § 873 Abs. 2 B.G.B. schon vor der Konkurseröffnung beim Grundbuchamte eingereicht war.[2]) Er macht dies Zugeständnis aber nur für den einen Fall, denn die Vorschrift des § 885, die eine einseitige Eintragungsbewilligung für genügend erkläre, schliesse nicht aus, dass man auch in einer nach § 873, 2 bindenden Weise die Bewilligung des Vormerkungsrechtes abgäbe.

Gesetzt man wollte sich einmal einen Augenblick auf Jaegers Standpunkt stellen, die Möglichkeit seiner Konstruktion des Vormerkungsrechtes zugeben, so würde sich dennoch die Durchführbarkeit derselben unmöglich erweisen, denn der eigene Schöpfer der Konstruktion wagt nicht die Konsequenzen aus seiner Ansicht zu ziehen, verzichtet vielmehr ohne nähere Motivierung auf diese und nimmt sogar das Gegenteil an. Nicht einmal den Versuch macht er, die Wirkungen, hier z. B. diejenigen, die er für die Eintragung sogenannter Zwangsvormerkungen an den § 14 K.O. knüpft, als ius singulare darzustellen. Sagt er hier selbst, für nach Massgabe des § 873 Abs. 2 B.G.B. bewilligte Vormerkungen sei mit Rücksicht auf § 878 B.G.B. und § 15 K.O. Eintragung während des Konkurses zulässig, giebt er ferner zu, dass für Eintragung einer Vormerkung die Beobachtung der Vorschriften des § 885 B.G.B. genügend ist, dann dürfte er von seinem Standpunkte, das Vormerkungsrecht sei ein dingliches Recht, gar keinen Augenblick einen Unterschied zwischen der Art des Zustandekommens der Vormerkung machen, sondern das gleiche auch für alle regelrecht nach § 885 angeordnete Vormerkungen gelten lassen. Das sind erhebliche

---

[1]) § 15 K.O.: „. . . . die Vorschriften der §§ 878, 892 . . . B.G.B. . . . bleiben unberührt".

[2]) a. a. O. S. 190 § 24 Anm. 91.

Schwächen, die für die Richtigkeit der Konstruktion nicht sehr günstig sprechen.

Bei Beantwortung der Frage, ist die Vormerkung im Konkurse — ein dinglich in demselben wirkendes Recht soll sie ja sein — ein Absonderungsrecht oder ein Aussonderungsrecht, fällt Jaeger vollkommen aus seiner Konstruktion. Es hängt dies damit zusammen, dass er mit seiner Auffassung an dieser Frage anderufalls hätte scheitern müssen. Hier spricht Jaeger plötzlich von dem durch Vormerkung gesicherten Anspruch, der keine Konkursforderung sei, sondern sich je nachdem mit der endgiltigen Eintragung zu einem Aus- oder Absonderungsrecht entwickle. Man darf aus seinem Schweigen, ob die Vormerkung ein solches ist oder nicht, jedenfalls entnehmen, dass sie ein solches nicht ist; dann ist die zwingende Folgerung, dass sich der § 24 K.O. nur als eine Singularvorschrift darstellt, die sich nicht auf die Vormerkung als dingliches Recht gründet, während er sich hierauf gerade als Beweis für die Dinglichkeit stützt. Das musste er selbst zugeben, wenn er sagt:[1]) Da die Vormerkung noch im Laufe des Konkurses zur Entstehung von Aus- und Absonderungsrechten führe, so liege im § 24 eine Durchbrechung des § 15 K.O., der auf dem Gedanken des Grundsatzes der par condicio creditorum beruhe.

Nach alledem dürfte sich kaum noch eine Möglichkeit finden, die Konstruktion Jaegers zu retten. Sie ist m. E. undurchführbar.

§ 12.

Zum Teil, wenn auch mit sehr wenig überzeugenden Gründen, hat Biermann die vorstehende Auffassung zu widerlegen versucht und an deren Stelle eine neue Definition aufgestellt. Er selbst scheint allerdings kaum volles Vertrauen zu seinen Theorien zu haben. Denn eingangs seiner Konstruktion sagt er:[2]) „Die Konstruktion der Vormerkung macht erhebliche, vielleicht unüberwindliche Schwierigkeiten“.

Die grössten Schwierigkeiten hat sich Biermann dadurch geschaffen, dass er die Frage falsch formuliert hat. In seinem

[1]) a. a. O. S. 192 § 24 Anm. 20.
[2]) a. a. O. S. 167.

Sachenrecht[1]) hat er noch zu wiederholten Malen von dem vorgemerkten Anspruche gesprochen, andererseits auch schon vom Wesen der Vormerkung, in seiner Monographie[2]) wird der Fehler der schiefen Fragestellung akut. Biermann übersieht auf die Weise vollständig, dass z. B. Fuchs zu einem ganz anderen Resultate wie er selbst gelangen musste, weil er eine andere und zwar im Ganzen richtige Frage gestellt hatte.

Kein Mensch wird jemals bestreiten können oder wollen, dass das, was Biermann definiert, richtig ist; die Vormerkung ist ein Vermerk, der im Sinne des § 883 B.G.B. sichert. Das musste sie jedoch nach dem Willen der Gesetzgeber sein, sie sprechen dies nicht nur in den Protokollen[3]) aus, sondern direkt im § 883; man kann, glaube ich, unbedenklich sagen, Biermanns Definition ist nichts als ein Extrakt des § 883 B.G.B. Dass er damit keine der entstehenden Schwierigkeiten hinsichtlich der Wirkung der Vormerkung lösen konnte, nimmt wie gesagt kein Wunder; seine Konstruktion verwickelte ihn, wie vorauszusehen war, fortwährend in Widersprüche.

Er sagt so z. B.:[4]) „Auch gegen Unrichtigkeiten bei der Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs kann ein Gegenwiderspruch gerichtet werden". Das lässt sich am besten an einem Beispiele illustrieren: A hat eine Vormerkung am Grundstücke des B für eine zu sichernde Hypothek von 10000 M. bewilligt erhalten, durch irgend einen Zufall, ein Versehen, kommt zur Eintragung 100000 M. — ein andermal 1000 M. In beiden Fällen muss nach Biermann Eintragung eines Widerspruchs zulässig sein; denn das wird kaum jemand bestreiten wollen, dass eine Unrichtigkeit bei Eintragung der Vormerkung vorgekommen ist. Die Konsequenz hieraus, dass auch für zu unrecht gelöschte Vormerkungen[5]) ein Widerspruch eingetragen werden darf, wird von ihm nicht gezogen, obgleich man sie meines Erachtens ziehen müsste. Zunächst wird man sich fragen, kann zum Schutz eines unrichtigen Vermerks im

[1]) a. a. O. S. 36 zu §§ 883, 884 Ziff. 2b und ff.
[2]) Siehe dort.
[3]) K.P. II, Bd. 3 S. 112.
[4]) a. a. O. S. 84 II, Abs. 6.
[5]) Siehe oben zu Schilde S. 24.

Grundbuche ein Widerspruch eingetragen werden? Biermann hat es allerdings vermieden, die Voraussetzungen für die Eintragung eines Widerspruchs in dem fast in der ganzen Litteratur mehr oder minder deutlich sich findenden Satze aufzustellen, dass der Widerspruch zum Schutze eines bestehenden dinglichen Rechtes gilt. Seine anderweitigen Deduktionen führen jedoch zum gleichen Resultat. Die Voraussetzungen sind nach ihm,[1]) wenn

1. ein bestehendes dingliches Recht nicht eingetragen oder zu unrecht gelöscht ist, oder
2. nicht richtig eingetragen,
3. eine nicht mehr oder nicht in dieser Weise oder nicht bestehende Belastung des Grundstücks oder Grundstücksrechtes im Grundbuche eingetragen,
4. eine nicht oder nicht mehr bestehende Beschränkung eingetragen ist.

Für die beiden letzten Fälle, fügt er[2]) noch hinzu, sei notwendig, dass das Recht eines anderen beeinträchtigt werde. Man darf wohl unbedenklich annehmen, dass, wenn hier schlechthin von Recht gesprochen wird, dingliches Recht gemeint ist; das ergeht aus dem Wortlaut der entsprechend in Betracht kommenden §§ 892 und 894 B.G.B. Nach Biermann ist nun die Vormerkung ein blosser Vermerk im Grundbuche, also kein subjektives Recht. Die unter 3—4 angeführten Fälle kommen also gar nicht in Betracht für Unrichtigkeiten bei Eintragung einer Vormerkung in unserem Falle. Denn im herangezogenen Beispiel ist nicht etwa das Grundstück des B dadurch beeinträchtigt, dass nur eine Hypothek von 1000 M. vorgemerkt ist statt 10000 M., sondern beeinträchtigt ist der vorgemerkte Anspruch des A, also ein Grundbuchsvermerk.

Nun ist nach Biermann Vormerkung kein subjektives Recht, sondern nur ein Vermerk im Grundbuche. Da aber kein Recht beeinträchtigt ist, sondern nur ein Vermerk, so ist nach Biermanns eignen Ausführungen kein Widerspruch zulässig. Also eine seiner Behauptungen ist unrichtig, entweder ist Vormerkung

---

[1]) a. a. O. S. 73 II, § 10.
[2]) a. a. O. S. 74.

kein blosser Vermerk im Grundbuche oder gegen Unrichtigkeiten bei Eintragung einer Vormerkung im Grundbuche — wenigstens soweit sie zu Ungunsten des von der Vormerkung betroffenen Rechtes vorhanden sind — ist ein Widerspruch nicht zulässig. Von seinem Standpunkte aus würde ein Widerspruch nur dann zulässig sein, wenn man das vorgemerkte Recht als ein dingliches Recht betrachtet.

Rechtfertigt, so fragen wir weiter, die Vormerkung als blosser Vermerk seine Behauptung,[1] dass sie auch im Stande sei, einen Berichtigungsanspruch zu erzeugen? Er begründet diese Behauptung damit, jede Beeinträchtigung durch eine Eintragung erzeuge den Berichtigungsanspruch; danach sei auch gegen eine Vormerkung ein Widerspruch zulässig. Das ist zweifellos richtig, wenn die Vormerkung thatsächlich eine Beeinträchtigung ausübt. Ist sie aber, wie Biermann meint, ein blosser Vermerk, so kann kaum von ihr eine Beeinträchtigung ausgehen. Denn dann kann einstweilen immer nur der obligatorische Anspruch wirken; ein solcher wirkt aber nicht auf das Grundstück oder Grundstücksrecht, mit einem Worte auf die Sache ein; der Vermerk als solcher geht nach Biermann immer nur gegen den persönlich Verpflichteten. Das dingliche Recht des von der Vormerkung Betroffenen ist absolut nicht beeinträchtigt, denn er kann ja — nimmt man mit Biermann an, Vormerkung sei nur ein Vermerk, der Anspruch bleibe nach wie vor obligatorisches Recht — ungehindert über dasselbe verfügen, weil sich der Berechtigte zur Realisierung immer nur mit einem persönlichen Anspruch gegen ihn wenden kann. Eine Beeinträchtigung könnte man nur dann annehmen, wenn man von der Voraussetzung ausgeht, dass Vormerkung bereits auf das Grundstück oder Grundstücksrecht, mit anderen Worten auf die Sache selbst einwirkt und sie ergreift. Räumt Biermann der Vormerkung eine solche Wirkung ein, dann darf er sagen, Vormerkung könne eventuell das Grundbuch unrichtig machen und dazu führen, gegen eine zu Unrecht bestehende Vormerkung einen Widerspruch einzutragen. Auf Grundlage seiner Theorie ist ein solcher Schluss unzutreffend.

---

[1]) a. a. O. S. 88.

Zu gleichen Schwierigkeiten führt seine Konstruktion des § 886 B.G.B. Er giebt den Anspruch aus § 886 aus Einreden einmal[1]) als Berichtigungsanspruch, z. B. wenn bei einer Auflassungsvormerkung der Vertrag der notariellen Form entbehrt. Die Vormerkung sei alsdann zu Unrecht eingetragen, da kein Eigentumsanspruch bestand, das Grundbuch sei also unrichtig. Auch hier fehlt zum Vorhandensein eines begründeten Berichtigungsanspruches das Moment der Beeinträchtigung des Eigentums des von der Vormerkung Betroffenen. Das tritt insbesondere in dem von ihm[2]) citierten Beispiele hervor: „Ist eine Auflassungsvormerkung eingetragen und hierauf das Grundstück einem andern übereignet, so kann, wenn nunmehr der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch erlischt, nach § 894 der Berichtigungsanspruch nur von dem neuen Eigentümer erhoben werden, denn sein Recht ist es, welches durch die Eintragung der Vormerkung beeinträchtigt ist". Das ist aber, wie ich oben schon ausführte, unrichtig, wenn man die Vormerkung als blossen Vermerk im Sinne Biermanns betrachtet, denn der vorgemerkte Anspruch kann immer nur als obligatorischer Anspruch gegen den ursprünglichen Schuldner — hier also gegen den früheren Eigentümer — geltend gemacht werden.

Dieser Berichtigungsanspruch, mit dem er einmal den § 886 zu erklären versucht, reicht nun aber nicht für den Fall, dass auf Grund der Einrede der Verjährung Beseitigung der Vormerkung beansprucht wird, oder dass überhaupt der Anspruch nicht aufgehoben sondern dauernd durch eine Einrede gehemmt wird, wie Biermann meint:[3]) „Ein Berichtigungsanspruch ist der Anspruch auf Beseitigung der Vormerkung nicht, denn das Grundbuch[4]) ist, da der Anspruch noch besteht, nicht unrichtig . . . . . Ebensowenig ist wegen der Einrede die Eintragung eines Widerspruches gegen die Vormerkung zulässig. Immerhin ist der Beseitigungsanspruch ein dinglicher Anspruch, er kann daher auch gegen die Konkursmasse geltend gemacht werden".

---

[1]) a. a. O. S. 131 f.
[2]) a. a. O. S. 220.
[3]) a. a. O. S. 221 Abs. 1.
[4]) Im Text heisst es, was offenbar Druckfehler, „Grundstück".

Den Grund für diesen Beseitigungsanspruch giebt er vorher an: „Aber durch die Einrede ist der Anspruch für den Berechtigten wertlos und damit auch die Vormerkung". Dass Biermann von seiner eigenen Argumentation nur sehr wenig überzeugt ist, darauf deutet seine vorsichtige Ausdrucksweise: „immerhin ist der Beseitigungsanspruch ein dinglicher Anspruch". Im Ernst wird er kaum behaupten oder gar einen Beweis daraus konstruieren wollen, dass darum, weil ein Anspruch für den Berechtigten wertlos ist, sich für diesen die Verpflichtung, die Vormerkung im Grundbuche löschen zu lassen, mit andern Worten, ein Beseitigungsanspruch ergebe. Das hätte nur Sinn und Begründung, wenn man annähme, Vormerkung wirke als solche bereits auf das Grundstück ein und geniesse publica fides, sodass zum Beispiel der, dem eine solche Vormerkung cediert ist, sich auf die Richtigkeit berufen kann, weil die Vormerkung nicht gelöscht war. Biermann verneint das eine wie das andere.[1]) Er kann aber seine Begründung des § 886 B.G.B. mit Hinweis auf den Berichtigungsanspruch aus § 894 nur unter Preisgabe seiner Konstruktion der Vormerkung aufrecht erhalten; andernfalls wäre seine Erklärung und Begründung des § 886 B.G.B. widersinnig und es entstände eine Lücke in der Auslegung des Gesetzes.

„Die durch Vormerkung gesicherten Ansprüche sind abtretbar, sowie in sonstiger Weise, z. B. im Wege der Zwangsvollstreckung übertragbar. Es geht dann auch die durch die Vormerkung gewonnene Rechtsposition auf den Erwerber über", sagt Biermann.[2]) Dagegen lässt sich nichts einwenden, auch unter dem Gesichtspunkte der Auffassung, die Vormerkung sei nur ein Grundbuchsvermerk. Schwierigkeiten entstehen erst durch den Schlusssatz seiner Ausführung:[3]) „Der Übergang des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs auf einen anderen kann in das Grundbuch eingetragen werden. Für eine Verpfändung oder sonstige Belastung des Anspruchs gilt das Gleiche". Viel-

[1]) a. a. O. S. 188f.
[2]) a. a. O. S. 143 IV.
[3]) a. a. O. S. 144 IV.

leicht ahnte Biermann schon, welche verhängnisvollen Folgen es für seine Konstruktion der Vormerkung haben würde, wenn er auf die Thatsache der Eintragung der Abtretung des Institutes näher einging. Er hat es im Gegensatz zu Planck vermieden, sich auf einen entsprechenden Paragraphen der G.B.O. zu stützen. — Planck[1]) verweist für diese Eintragung[2]) auf G.B.O. § 19. — Nächst § 19 würde für die Eintragung der Abtretung nur noch G.B.O. § 40 in Betracht zu ziehen sein: „Eine Eintragung soll nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist . . . “ Es kann sich natürlich, wie ich das auch schon oben zu Planck andeutete, nur um Eintragung der Abtretung eines Rechtes[3]) handeln, das heisst eines Rechtes an einem Grundstücke oder an einem solchen Rechte; denn darüber waltet kein Zweifel ob, dass man unmöglich die Abtretung einer blossen Forderung in das Grundbuch eintragen kann. Voraussetzung dazu wäre, dass zuvor die blosse Forderung lediglich als solche im Buche eingetragen werde. Das hält aber Biermann für ausgeschlossen,[4]) und weist aus diesem Grunde die Möglichkeit, den vorgemerkten Anspruch als eine obligatio in rem scripta zu konstruieren,[5]) entschieden zurück:[4]) „Eine Irregularität wäre ferner auch insofern vorhanden, als nach der fraglichen Auffassung[6]) eine Forderung, wenn auch eine Forderung mit dinglicher Wirkung, in das Grundbuch eingetragen würde. Das Grundbuch ist aber prinzipiell nur zur Aufnahme dinglicher Rechte bestimmt“. Es konnte natürlich nur die Übertragung eines Rechtsverhältnisses in das Grundbuch eingetragen werden, das zuvor selbst im Grundbuche steht.[7]) Biermann würde sein eigenes Prinzip umwerfen, wollte er behaupten, es handle sich bei Cession des vorgemerkten Rechtes um Eintragung des Über-

---

[1]) a. a. O. III, S. 97 zu § 883 Ziff. IV.
[2]) Siehe auch oben S. 35.
[3]) § 19 G.B.O.
[4]) a. a. O. S. 178 II.
[5]) Siehe oben zu Oberneck S. 38.
[6]) Als obligatio in rem scripta.
[7]) Vgl. G.B.O. § 40.

ganges eines blossen Forderungsrechtes. Siehe auch Biermann:[1] „Nicht der Anspruch also wird in das Grundbuch eingetragen, sondern die Vormerkung, welche ihn sichert". Es muss also mehr sein als eine reine Obligation, deren Abtretung eingetragen wird. Er definiert die Vormerkung als Grundbuchsvermerk, man muss hieraus nach ihm entnehmen, die Cession des Grundbuchsvermerks komme zur Eintragung. Das würde aber wiederum nach ihm selbst nicht zutreffen. Bezüglich des Widerspruchs hatte er nämlich gesagt:[2] „Der Widerspruch als solcher ist nicht abtretbar, da er kein Recht ist". Also abtretbar ist nach Biermann nur ein Recht, jedenfalls aber kein blosser Vermerk, da dieser kein subjektives Recht ist. Demnach muss er entweder seine Definition, Vormerkung sei ein blosser Grundbuchsvermerk, fallen lassen, oder folgerichtig die Eintragungsmöglichkeit des Übergangs des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs bezw. der Verpfändung oder sonstigen Belastungen desselben ablehnen. Ich glaube jedoch nicht, dass Biermann seine Konstruktion um einen solchen Preis aufrecht erhalten möchte.

Biermann sucht die Bedeutung des § 24 K.O. dadurch abzuschwächen, dass er[3]) sagt, dieser § 24 sei für die Frage, ob die Vormerkung ein dingliches Recht sei, belanglos, da er nur besage, dass der Vorgemerkte seinen obligatorischen Anspruch auch gegen den Konkursverwalter geltend machen könnte, er spreche aber nicht für die Dinglichkeit der Vormerkung. Der Wortlaut des § 24 K.O. scheint allerdings Biermann Recht zu geben: „Der Gläubiger kann von dem Konkursverwalter die Befriedigung seiner Ansprüche verlangen", heisst es dort. Ich glaube aber kaum, dass es sich hier um einen einfachen obligatorischen Anspruch handelt. Denn dann hätte diese Bestimmung keinen Wert für den Berechtigten, er würde wie jeder Konkursgläubiger seine Dividende erhalten. Gemeint ist also, dass im Gegensatz zu den Konkursansprüchen dieser Anspruch voll und ganz zu befriedigen ist. Dann entsteht die

---

[1]) a. a. O. S. 178 II.
[2]) a. a. O. S. 102 § 11.
[3]) a. a. O. S. 170.

Frage, wie erklärt sich diese Bevorzugung? Wäre der Anspruch nicht vorgemerkt worden, so hätte er nicht mehr Kraft, als jede andere Konkursforderung; nun aber, nachdem die Vormerkung eingetragen ist, nachdem der Anspruch auf Einräumung der Hypothek vorgemerkt ist, soll er so gehalten werden, als sei die Hypothek da. Das wenigstens besagt doch zweifelsohne auch der § 24 K.O. Die Eintragung der Vormerkung hat also eine ganz erhebliche materielle Wirkung, die nimmermehr damit genügend erklärt und beschrieben ist, dass man sagt, die „Vormerkung sei ein Vermerk, der im Sinne des § 883 B.G.B. sichert". Wie geht diese Sicherung vor, welche materielle Kraft hat dieser Vermerk oder muss dieser Vermerk haben, damit er sichern kann? Das ist die Frage, und ich meine, auf diese Frage giebt der § 24 trotz seiner Fassung eine unzweideutige Antwort. Denn er besagt nicht nur, dass der Vorgemerkte seinen obligatorischen Anspruch, wie jeder andere Gläubiger geltend machen kann, er besagt weit mehr: Nach ihm hat der, dessen Anspruch auf Einräumung einer Hypothek vorgemerkt ist, vollkommen die Stelle eines Hypothekengläubigers. Die Frage, ist er Hypothekengläubiger und zu welchen Schlüssen berechtigt diese Thatsache, ist hier noch nicht zu beantworten. Aber m. E. muss dieser Thatsache bei Lösung unseres Problems unbedingt Rechnung getragen werden, will man nicht zu dem überaus bequemen Mittel greifen, den § 24 K.O. als anormales, regelwidriges Recht zu bezeichnen.

Sehr merkwürdig ist ein Zugeständnis, das Biermann hinsichtlich der Wirkung der Vormerkung im Fall des § 268 B.G.B. macht:[1]) „Der Vorgemerkte hat dieselben Rechte, die der § 268 dem endgültig Eingetragenen gewährt. Denn auch der Vorgemerkte läuft Gefahr, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande zu verlieren, das endgültige Recht nämlich, dessen Entstehen durch die Vormerkung gesichert wird. Wenn auch zugegeben werden mag, dass § 268 sich auf obligatorische Ansprüche auf den Gegenstand nicht bezieht, so ist dies doch hier nicht von Bedeutung, da der Anspruch durch die Vormerkung in dinglicher Weise gesichert ist". Der § 268 B.G.B.

[1]) a. a. O. S. 201 no. IX.

lautet: „Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand, so ist jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen. . . .“ Verlieren kann man aber nur, was man hat. Man muss das Recht am Gegenstande bereits besitzen, also ein dingliches Recht, um es verlieren zu können. Wenn jedoch der Anspruch nur gesichert ist, dann hat man damit kein dingliches Recht nach Biermanns Ansicht, denn sonst müsste das vorgemerkte Recht ein dingliches Recht sein. Dass ein obligatorischer Anspruch nicht genügt, sondern bestehendes dingliches Recht erforderlich ist, kommt u. a. auch zum Ausdruck bei Planck:[1]) „Das Recht an dem Gegenstande muss also ein dingliches sein. Ein obligatorischer Anspruch auf den Gegenstand genügt nicht“. Siehe ferner Motive[2]) zu § 1081: Das ius offerendi (Ablösungsrecht) steht dem zu, der durch die Zwangsversteigerung der Gefahr ausgesetzt ist, sein Recht an dem Grundstück zu verlieren. Dieselbe Ansicht vertritt auch Achilles,[3]) wenn er in Anm. 2 zu § 268 auf § 892 B.G.B. verweist. Übrigens stellt Biermann in seinem Sachenrecht in der Erläuterung zum § 1150[4]) als Voraussetzung der Ausübung des ius offerendi auf: „Der Befriedigende muss Gefahr laufen, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Grundstücke oder den Besitz des Grundstückes . . . zu verlieren“. Desgleichen auch Matthiass:[5]) ius offerendi für alle dinglich Berechtigten, auch gegenüber dem persönlichen, die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger (§ 268), falls sie Gefahr laufen, ihr Recht zu verlieren.

§ 13.

Dass die Definition Biermanns nach alledem keine Antwort auf unsere Frage giebt, sondern zu den grössten Widersprüchen

[1]) a. a. O. Bd. II, § 268 Anm. 3 S. 40.
[2]) Bd. III, a. a. O. S. 691, 692, unter Ziff. 2 Abs. 2.
[3]) Kommentar zum B.G.B.
[4]) a. a. O. S. 212 zu § 1150 Ziff. 1 b.
[5]) a. a. O. Bd. II, S. 162 § 59 Ziff. 2.

führt, dürfte genügender Beweis sein für die Unzulänglichkeit derselben. Zu gleicher Zeit glaube ich das Ergebnis unserer bisherigen Untersuchungen dahin zusammenfassen zu dürfen: Ausgeschlossen, weil zum Teil widerspruchsvoll, zum Teil an sich unmöglich, ist die Ansicht, dass das vorgemerkte Recht — für die Vormerkung als solche gilt natürlich dasselbe ohne weiteres — im Grundbuche eingetragen, als rein obligatorisches Recht, allerdings mit dinglichen Wirkungen ausgestattet, aufzufassen sei (Endemann, Schilde), oder dass man dabei an eine obligatio in rem scripta (Oberneck), oder ius ad rem (Gierke, Lehmann) zu denken habe, oder aber, dass sich durch Eintragung der Vormerkung für den Berechtigten eine Rechtsposition ergebe, ähnlich der durch Eintragung eines Veräusserungsverbotes (Planck) herbeigeführten, dass man es mit einer Verfügungsbeschränkung zu thun habe (Turnau) oder dass man in der Vormerkung ein eigenartiges schirmendes dingliches Recht — Erwerbsberechtigung — (Enneccerus), ein dingliches Vormerkungsrecht (Jaeger), ein beschränktes dingliches Recht (Cosack) zu sehen habe. Keine dieser Theorien besteht die Konstruktionsprobe, jede derselben gerät bald hier, bald dort mit dem logischen Gesetz des Nichtwiderspruchs in Konflikt.[1])

IV. Abschnitt.

§ 14.

Eigene Konstruktion.

Das Ergebnis der Kritik der bisher besprochenen Konstruktionen legt die Frage nahe: ist es überhaupt möglich, auf die Frage, welche Wirkung übt die Eintragung einer Vormerkung auf die bestehende Rechtslage aus, eine einheitliche, befriedigende Antwort zu geben; das heisst eine Antwort, die sich einerseits mit keiner klaren Gesetzesbestimmung in Widerspruch setzt, und aus der sich andererseits die vorhandenen

[1]) Vgl. hierzu v. Ihering, Geist des Römischen Rechts, Bd. III, § 41.

Gesetzesbestimmungen als notwendige Folgen erklären, in ihr als ihrem Prinzip bereits enthalten sind.

Bei der offensichtlichen Unklarheit, die in den Verhandlungen der Kommission für die 2. Lesung des Entw. des B.G.B.[1]) gerade über diese Prinzipienfrage geherrscht hat, sollte man sehr geneigt sein, eine einheitliche Lösung für unmöglich zu halten. Von einem bewusst erkannten Grundsatze haben sich die Autoren des Gesetzes jedenfalls nicht leiten lassen.

Nur über einen Punkt herrschte unbedingte Klarheit und Übereinstimmung: über den Zweck der Vormerkung.[2]) Dieselbe soll die im § 883 B.G.B. näher bezeichneten Ansprüche sichern — dies besagt das Gesetz (§ 883 Abs. 1 B.G.B.) selbst[3]) — insbesondere gegen die Gefahr der Vereitelung oder Beeinträchtigung infolge einer Veränderung der Vermögenslage des Schuldners. Eine solche Vereitelung oder Beeinträchtigung kann dadurch herbeigeführt werden,

a) dass über den Vermögenswert, welchen der betreffende Anspruch betrifft, von irgendwelcher Seite durch den Schuldner selbst oder mittels einer Zwangsvollstreckung oder durch seinen Konkursverwalter eine Verfügung getroffen wird,

b) oder dass das Vermögen des Schuldners zu gleichzeitiger Befriedigung aller gegen ihn bestehender Ansprüche unzulänglich wird, der Vormerkungsberechtigte an sich daher auf eine verhältnismässige Befriedigung angewiesen ist.

Aus dem Umstande jedoch, dass die Vormerkung diesem Sicherungszwecke dienen soll, ergiebt sich noch nicht ohne Weiteres mit Notwendigkeit die Folge, dass die Mittel, deren sich das Recht zur Erreichung dieses Zweckes bedient hat, kongruent sind. Derselbe Zweck kann häufig mit verschiedenen Mitteln erreicht werden.

So scheint denn auch thatsächlich der Gesetzgeber hier zu einer bald stärkeren, bald schwächeren Wirkung der Vormerkung als Mittel zur Erzielung seines Zweckes gegriffen zu haben.

---

[1]) a. a. O. Bd. III, S. 107 ff. und S. 740 ff.

[2]) K.P. II, Bd. III, S. 112 Abs. 2.

[3]) Der Gedanke des Gesetzgebers wäre vielleicht zutreffender so gefasst: die unmittelbare Realisierung dieser Ansprüche soll gesichert werden (vgl. hierzu das in der Einleitung S. 3 Gesagte).

Bezüglich der sub „a“ erwähnten Gefahren genügt vollkommen, wenn das Gesetz den betreffenden nachteiligen Verfügungen insoweit die Wirksamkeit versagt, als sie die Realisierung des Vormerkungsanspruches vereiteln oder beeinträchtigen würden. Der Gesetzgeber ist denn auch hier nicht weiter gegangen: § 883 Abs. 1 B.G.B.

Den unter „b“ beschriebenen Gefahren konnte mit diesem einfachen Mittel aber nicht vorgebeugt werden. Die Wirkung der Vormerkung musste hier eine viel stärkere sein; welche Wirkung der Gesetzgeber in diesen Fällen eintreten lässt, wird weiter unten zu erörtern sein.

Nun fragt es sich aber: Ist es logisch möglich, dass die Vormerkung bald nur die schwächere, bald nur die stärkere Wirkung haben kann, so dass auf unsere Frage nicht mit einer einheitlichen Formel, sondern mit einem „es kommt darauf an“ zu antworten wäre.

Letzteres wäre nur denkbar, wenn die gefahrbringenden Thatbestände mit einander nichts zu thun hätten, niemals in Kollision kommen könnten. Das Gegenteil trifft aber zu.

Gerät z. B. der Schuldner in Konkurs, so ist es einmal möglich, dass die Realisierung des Vormerkungsanspruches infolge einer Verfügung des Konkursverwalters vereitelt wird, bei demselben Thatbestande trifft aber gleichzeitig in erheblichster Weise die sub „b“ bezeichnete Gefahr zu. Ein logisches Unding wäre es jedoch, zu behaupten, dass in einem derartigen Falle die Vormerkung halb die schwächere, halb die stärkere Wirkung habe. Prüft man die irgendwie in Betracht kommenden Thatbestände, so wird man finden, dass in allen Fällen eine Kollision der fraglichen Gefahren möglich ist.

Ausgeschlossen wäre jedoch nun nicht vollkommen, dass die schwächere Wirkung des § 883 Abs. 1 B.G.B. nicht nur dem Grad nach schwächer ist, als die in den übrigen Fällen notwendige, sondern ganz anderer Art, dergestalt, dass gesagt werden muss, die Vormerkung habe je nach Lage der Sache zwei verschiedene Wirkungen. Nach dem Gesagten könnte aber in diesem Falle die Vormerkung nicht bald die eine, bald die andere Wirkung haben, sie muss also eben stets beide verschiedenartige Wirkungen gleichzeitig haben. Welcher Art das

Verhältnis zwischen den beiden in Betracht kommenden Wirkungen der Vormerkung ist, ob sie nur dem Grad oder auch der Art nach verschieden sind, kann mit Bestimmtheit erst festgestellt werden, nachdem die Art der Wirkung, insbesondere der sub „b" in Frage kommenden Thatbestände erkannt ist.

Der sub „b" bezeichneten Gefahr vorzubeugen, dienen die § 24 K.O., § 48 Zw.V.G., § 884 B.G.B. Es wird also zu prüfen sein, welche Wirkung diese Paragraphen der Vormerkung beilegen.

§ 24 K.O. lautet: „Ist zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstücke des Gemeinschuldners oder an einem für den Gemeinschuldner eingetragenen Rechte oder zur Sicherung eines Anspruchs auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen, so kann der Gläubiger von dem Konkursverwalter die Befriedigung seines Anspruchs verlangen. . . ." Nach dem Wortlaut dieses Paragraphen hat der Konkursverwalter gegebenenfalls eine Hypothek zu bestellen, vielleicht den einzigen Gegenstand der Masse derart zu belasten, dass für die Konkursgläubiger nichts mehr übrig bleibt, ja möglicherweise würde er das Eigentum an diesem einzigen Gegenstande der Masse auf eine dritte Person zu übertragen haben. Das kann nimmermehr der Sinn dieser Gesetzesbestimmung sein, damit würde sich dieselbe mit dem Fundamentalsatz des materiellen Konkursrechtes in Widerspruch setzen,[1] der par condicio omnium creditorum,[2] wie er im § 15 K.O. seinen Ausdruck gefunden hat: „Rechte an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen . . . können nach der Eröffnung des Verfahrens nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden. . ." Kann mithin in diesem Augenblicke die Hypothek, das Eigentum nicht mehr erworben werden, soll aber gleichwohl dem Vormerkungsberechtigten die Befugnis zustehen, den Gegenstand aus der Konkursmasse auszusondern, oder abgesonderte Be-

[1] Vgl. das zu Enneccerus oben S. 41 Gesagte.

[2] Vgl. Jaeger a. a. O. § 15 A, I, 1 Anm. 1 S. 122.

friedigung aus demselben zu fordern, so lässt sich dies nur so erklären, dass ihm bereits im Augenblick der Konkurseröffnung die Hypothek, das Eigentum zustand.

Mit anderen Worten, will der Gesetzgeber den Anspruch auf Einräumung eines Rechtes gegen die Einwirkungen des Konkursverfahrens sicher stellen, so kann er dies nur, wenn er mittels der Vormerkung das Recht selbst zur Entstehung kommen lässt. § 24 K.O. erkennt diese Notwendigkeit an, wenn er ihr auch in einer Form Rechnung trägt, die ohne Weiteres den wahren Rechtsvorgang nicht erkennen lässt. Freilich nach Biermann[1]) wird die Absonderungsbefugnis — von der Aussonderungsbefugnis spricht er nicht — nicht durch § 24 K.O. gewährleistet, sondern ist lediglich „eine Folge ihrer Behandlung im Zwangsversteigerungsverfahren (vergl. § 47 K.O.)“. Belehrt uns denn aber das rein formelle Zwangsversteigerungsgesetz darüber, wem ein Recht auf Befriedigung aus einer Sache zusteht? Über diese Frage dürfte doch wohl ausschliesslich das materielle Recht zu entscheiden haben. Die materielle Norm ist hier der § 24 K.O.[2]) Und selbst, wenn Biermann Recht hätte, stände dann nicht gleichwohl fest, dass das vorgemerkte Recht nicht nur im Zwangsversteigerungsverfahren, sondern auch im Konkursverfahren „einem (bedingten) dinglichen Rechte gleichgestellt wird“? Wenn aber Biermann schliesst, § 24 K.O. sei für die Frage, ob die Vormerkung (soll „das vorgemerkte Recht“ heissen) ein dingliches Recht sei, geradezu belanglos, so ist in dieser Beziehung auf das zu verweisen, was ich weiter unten über die Terminologie der Gesetzgeber anführen werde.

Was hier von dem Anspruche auf Einräumung eines Rechts gesagt ist, gilt naturgemäss in gleicher Weise bezüglich der übrigen im § 883 B.G.B. bezeichneten Ansprüche; die Notwendigkeit ist die Gleiche, auch § 24 K.O. macht keinen Unter-

---

[1]) a. a. O. S. 170.

[2]) Vgl. hierzu die Ausführungen der K.P. II nach Haidlen a. a. O. Bd. II, S. 73, zu § 884: „Nachdem in § 19 b der K.O. (jetzt § 24) die entscheidende Bedeutung der Vormerkung dahin ausgesprochen ist, dass der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch von der Unzulänglichkeit des Vermögens des Schuldners nicht berührt wird, . . .“

schied. Es wäre also allgemein zu sagen: Um der aus der Eröffnung des Konkursverfahrens den aus § 883 Abs. 1 B.G.B. ersichtlichen Ansprüchen entstehenden Gefahr vorzubeugen, legt das Gesetz der Vormerkung, vorausgesetzt, dass der betreffende Anspruch wirklich besteht, der Schuldner also verpflichtet ist, zu verfügen, dieselbe Wirkung bei, die entstehen würde, wenn eine definitive Eintragung gemäss § 873, § 875 B.G.B. erfolgt sein würde, soweit dies im Falle eines Konkurses der Sicherungszweck erfordert.

Der Sicherungszweck erfordert, wie wir gesehen haben, die Entstehung des Rechtes, die Aufhebung des Rechtes, die Änderung des Inhaltes, des Ranges des Rechtes vor der Konkurseröffnung. Der Sicherungszweck erfordert jedoch nicht, dass mit der Vormerkung dieselben Vermutungen verknüpft werden, wie mit einer definitiven Eintragung. § 891 B.G.B. braucht daher hier nicht Platz zu greifen, und aus anderem Grunde darf er nicht Platz greifen. Denn bei der Art und Weise, wie eine Vormerkung zur Entstehung gelangt, würde der Eintritt der Vermutungen für den Verpflichteten eine schwere Beeinträchtigung bedeuten; so insbesondere da, wo die Vormerkung im Wege einer einstweiligen Verfügung herbeigeführt worden ist, denn auf diese Weise wäre es dem angeblich Berechtigten möglich, durch die blosse Glaubhaftmachung seines Anspruches die Beweislast zu seinen Gunsten umzukehren.

Der Sicherungszweck erfordert auch weiterhin nicht, dass die durch die Vormerkung herbeigeführte Rechtsänderung sofort in unbedingter Weise erfolgt. Es mag daher zunächst die Frage offen gelassen werden, ob die Änderung noch vom Eintritt einer Bedingung abhängt, oder sich sofort schlechthin vollzieht.

Einer ähnlichen Gefahr wie im Fall eines Konkurses ist der Vormerkungsberechtigte dadurch ausgesetzt, dass der Erbe des Verpflichteten sich auf die Beschränkung seiner Haftung berufen kann. Für diesen Fall sagt § 884 B.G.B.:

„Soweit der Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, kann sich der Erbe des Verpflichteten nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen“.

Biermann sagt hierzu ganz zutreffend in seinem Kommen-

tar:[1]) „Der Erbe des Verpflichteten kann sich einer Vormerkung gegenüber auf die Beschränkung seiner Haftung ebensowenig berufen, wie gegenüber einem dinglichen Recht". Auch hier erhellt wieder aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht unzweideutig die Wirkung, die es der Vormerkung beimisst. Sieht man aber näher zu, so kann über Letzteres kein Zweifel bleiben. Handelt es sich z. B. um einen Anspruch auf Einräumung einer Hypothek, so muss sich der Erbe so behandeln lassen, als sei die Hypothek bereits eingeräumt; dies giebt auch Biermann zu.[2]) Er, der Erbe, muss sich gefallen lassen, dass sich der Vormerkungsberechtigte aus seinem Grundstücke voll und ganz gemäss § 1147 B.G.B. befriedigt, gerade so, als wenn er Hypothekengläubiger wäre. Ich meine nun aber, hat jemand eine mit der Rechtsposition eines Hypothekengläubigers vollkommen kongruente Rechtsposition, dann ist er Hypothekengläubiger. Denn es scheint mir logisch unmöglich zu sein, einen Unterschied zu machen zwischen der Hypothek und einem Recht, das mit der Hypothek durchaus identisch ist.

Selbstverständlich gilt auch hier hinsichtlich der Vermutungen des § 891 B.G.B. dasselbe wie vorhin. Eine andere Frage ist, ob im besonderen Falle hier zu Gunsten des Vormerkungsberechtigten die Vermutung des § 1148 B.G.B. streitet, jedoch kann diese Frage hier unerörtert bleiben.

Der Gesetzgeber hat schliesslich noch ausdrücklich die Wirkung der Vormerkung im Fall einer Zwangsvollstreckung geregelt. § 48 Zw.V.G. lautet:

„Bedingte Rechte sind wie unbedingte, Rechte, die durch Eintragung eines Widerspruchs oder einer Vormerkung gesichert sind, wie eingetragene Rechte zu berücksichtigen".

Hier lässt selbst der Wortlaut des Gesetzes kaum einen Zweifel bezüglich des gewählten Sicherungsmittels. Biermann[3]) giebt zu, dass in dem Falle „die Vormerkung (soll heissen: das vorgemerkte Recht) durchaus einem bedingten dinglichen

[1]) Biermann, Sachenrecht S. 36 h.
[2]) Biermann, Sachenrecht S. 36.
[3]) Biermann a. a. O. S. 170.

Recht gleichgestellt wird". Das durch eine Vormerkung sicher gestellte Recht soll wie das definitiv eingetragene Recht berücksichtigt werden. Das Recht ist also da, es mangelt nur noch die definitive Eintragung desselben, die dem Gläubiger die Vorteile des § 891 B.G.B. einräumen würde.

Man könnte nun aber einwerfen: Zugegeben werden mag, dass das Gesetz der Vormerkung in dem Falle des § 24 K.O., § 884 B.G.B. und § 48 Zw.V.G. die behauptete Wirkung beilegt, das sind aber ausserordentliche Bestimmungen, kurz iura singularia, aus denen auf einen allgemeinen Grundsatz nicht geschlossen werden darf. Ich meine, dieser Einwand ist ohne weiteres von der Hand zu weisen; denn Normen, die allein darauf abzielen, dem Zwecke eines Rechtsinstitutes zu dienen, die nur aus diesem Zwecke, nicht aber aus sonstigen Utilitäts-Rücksichten erklärt werden können, können doch unmöglich als abnormes, regelwidriges Recht bezeichnet werden.

Die besprochenen Gesetzesbestimmungen sind daher vielmehr als Einzelanwendungen eines höheren Prinzips anzuerkennen: nämlich des Satzes:

Die Vormerkung hat, abgesehen von den Vermutungen des § 891 B.G.B., dieselben Wirkungen wie die definitive Eintragung.

Es erübrigt hiernach noch die Frage: in welchem Verhältnis steht diese auf Grund der § 884 B.G.B., § 24 K.O. und § 48 Zw.V.G. festgestellte Wirkung mit derjenigen, die ihr § 883 Abs. 2 B.G.B. beilegt? Besteht zwischen beiden ein Artunterschied oder nur ein Massunterschied? Ich glaube, dass das letztere der Fall ist. Wird der Vormerkung die stärkere Wirkung beigelegt, so verliert daneben die ihr durch § 883 Abs. 2 B.G.B. gegebene Wirkung jede selbständige Bedeutung. Nach letzterer Vorschrift ist eine Verfügung, die an sich den Vormerkungsanspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, relativ unwirksam. Tritt nun aber durch die Eintragung der Vormerkung die Rechtsänderung selbst sofort ein, die der Vormerkungsberechtigte zu beanspruchen hat, so kann eine derartige Verfügung schon an sich den Vormerkungsanspruch nicht mehr vereiteln oder beeinträchtigen, denn er ist bereits durch die zum allergrössten Teile erfolgte Realisierung absolut sicher

gestellt. § 883 Abs. 2 verliert hiernach für unsere Konstruktionsfrage jede Bedeutung.

Bestärkt wird das durch die Interpretation des § 884 B.G.B., § 24 K.O. und § 48 Zw.V.G. gefundene Resultat noch in erheblicher Weise durch den Umstand, dass in einer Reihe von positiven Vorschriften das vorgemerkte Recht ganz mit den Sachenrechten auf eine Stufe gestellt wird. Es sind das insbesondere die §§ 439 Abs. 2, 1971 letzter Satz, 1990 Abs. 2 B.G.B., § 193 K.O.; — in § 1098 Abs. 2 B.G.B. geht der Gesetzgeber soweit, die Wirksamkeit eines Sachenrechtes, nämlich des dinglichen Vorkaufsrechtes, nach dem Vorbild der Eigentumsvormerkung zu regeln —, dass ferner eine ganze Anzahl von Lücken des Vormerkungsrechtes nur dann durch zweckentsprechende Normen ausgefüllt werden können, wenn man sich auf den Boden meines Resultates stellt. Die Belege für diese Behauptung sollen in einem besonderen Abschnitt dieser Arbeit, der von den Folgen der hier vertretenen Konstruktion handelt, beigebracht werden.

Endlich bin ich in der glücklichen Lage, für die Richtigkeit meiner Theorie das Zeugnis der herrschenden Meinung bezüglich der Vormerkung des preussischen Rechts in die Wagschale werfen zu können.[1]) Dieses Zeugnis kann auch nicht etwa durch die Behauptung abgeschwächt werden, die Vormerkung des B.G.B. sei ein anderes Institut als dasjenige der früheren Gesetzgebungen. Im Gegenteil spricht eine starke Vermutung für die Wesensgleichheit dieser Institute.[2]) Denn darüber kann kein Zweifel bestehen, dass der Zweck aller dieser Vormerkungen derselbe ist, wobei nur zu berücksichtigen ist, dass das historische Recht keinen terminologischen Unterschied zwischen der Vormerkung und dem Widerspruch machte.[3])

Zugegeben werden muss, dass die von den Autoren bezw. Redaktoren des B.G.B. beliebte Terminologie nicht für die von mir verteidigte Konstruktion spricht. Die Verfasser des Ge-

[1]) Vgl. in dieser Beziehung Biermann a. a. O. S. 175; ebenso unsere Einleitung S. 4.

[2]) So auch insb. Turnau a. a. O. I, S. 147 u. 160.

[3]) So insb. Preuss. Hyp.-Ordn. v. 20. Dez. 1783. E.E.G. v. 5. Mai 1872.

setzes konnten aber überhaupt kaum sich einer anderen Terminologie bedienen, denn Übereinstimmung herrschte unter ihnen nur darüber, dass die in § 883 Abs. 1 bezeichneten Ansprüche gesichert werden sollten.[1]) Sie mussten sich daher begnügen, diesem Gedanken in den einzelnen Gesetzesbestimmungen einen möglichst unzweideutigen Ausdruck zu verleihen, und es im übrigen der Wissenschaft überlassen, das Resultat dieses Rechtsgedankens festzustellen. Von diesem Gesichtspunkte aus erklärt sich insbesondere die Redaktion der § 884 B.G.B. und § 24 K.O. sowie ferner der §§ 886 und 888 B.G.B.

Was zunächst § 888 B.G.B. anbelangt, so kann wohl höchstens seine äussere Fassung gegen mich ins Feld geführt werden; auf der anderen Seite kann dagegen aus folgendem Umstande ein erheblicher indirekter Beweis für meine Theorie entnommen werden, dass nämlich § 888 B.G.B. nur von einem mit der Vormerkung kollidierenden Erwerbe, nicht aber von einer kollidierenden Aufhebung eines Rechtes spricht, die Lücke des Gesetzes aber gewiss nur von dem hier eingenommenen Standpunkte aus ausgefüllt werden kann. Es wird hierauf im folgenden Abschnitt einzugehen sein.[2])

Aus § 886 hat man dagegen auch materielle Erwägungen gegen die oben behauptete Wirkung der Vormerkung herzuleiten versucht. Man macht geltend: Gerade § 886 beweise, dass die Wirkung der endgültigen Eintragung mit der der Vormerkung nicht gleichgestellt werden könne, da die endgültige Eintragung das durch dasselbe erlangte Recht der Verjährung entziehe, während diese Wirkung der Vormerkung nicht innewohne. Spricht denn etwa der § 886 B.G.B. die Zulässigkeit der Verjährungseinrede irgendwo aus? Das Gesetz selbst lässt darüber nichts verlauten. Die Entscheidung der Frage, ob die Verjährungseinrede gegeben ist, hängt zunächst von der Vorfrage ab, ob das vorgemerkte Recht überhaupt der Verjährung unterliege oder nicht. Allerdings sagt Biermann:[3]) „Nach § 902 unterliegen die Ansprüche aus eingetragenen Rechten nicht der

[1]) K.P. II, Bd. III, S. 112 Abs. 2.
[2]) Vgl. unten S. 95.
[3]) a. a. O. S. 180 Ziff. 3.

Verjährung. Für die Vormerkung gilt dies anerkanntermassen nicht". Thatsächlich scheint Biermann wenigstens insofern Recht zu haben, dass man allgemein die Verjährbarkeit der vorgemerkten Rechte annimmt. Worauf stützt sich denn aber diese sententia recepta? Die Frage, ob das vorgemerkte Recht der Verjährung unterliege,[1]) kann doch bei Schweigen des Gesetzes, bei Fehlen einer positiven Norm, erst dann mit Sicherheit beantwortet werden, wenn man auf Grund der festen Aus-

[1]) Der § 902 B.G.B. sagt nichts Positives darüber; Aufschluss geben in gewisser Weise die Protokolle der II. Kommission. Nach Ausweis derselben (a. a. O. Bd. III, S. 117 f.) war zu § 847 I. Entwurfes (§ 902 in der vorliegenden Fassung des Gesetzes) die Vorschrift so zu fassen:

„Die Ansprüche aus eingetragenen oder vorgemerkten Rechten unterliegen keiner Verjährung, soweit sie nicht auf Schadensersatz oder auf Rückstände wiederkehrender Leistungen gerichtet sind". Jedoch ist hier zu bemerken, dass unter vorgemerkten Rechten die Rechte verstanden sind, zu deren Gunsten ein Widerspruch gemäss der Terminologie des I. Entwurfes eingetragen ist. Wie man die Vormerkung des B.G.B. im Vergleich hiermit behandelte, ersehen wir aus dem Inhalt des Absatzes VI (a.a.O. III, 118): „Endlich war beantragt, dem § 847 I. Entw. (§ 902 B.G.B.) folgende Worte anzufügen: ‚sowie bei den nach § 844 a (§ 883 B.G.B.) durch Eintragung einer Vormerkung gesicherten Ansprüchen auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes'. Der Antrag wurde angenommen". Man begründete das damit, „es könne zweifelhaft sein, ob die Eintragung der Vormerkung den Anspruch unverjährbar mache oder nicht. Einerseits sei die Ansicht vertreten, dass der persönliche Anspruch durch die Eintragung der Vormerkung dinglichen Charakter bekomme und wie jedes andere eingetragene Recht zu behandeln sei. Andererseits sei man der Meinung, dass der Anspruch . . . nur durch ein Veräusserungsverbot gesichert, nach wie vor der Verjährung unterworfen sein müsse. Welche Ansicht theoretisch die richtige, könne dahingestellt bleiben. . . . Für die Kommission handle es sich nur um die Frage, ob es zweckmässig sei, die Verjährung auch bei Vormerkung auszuschliessen. Im Hinblick darauf, dass es wünschenswert erscheine, das Grundbuch von unnötig gewordenen Einträgen bereinigen zu können, aber grosse Schwierigkeiten entständen, eine Löschung herbeizuführen, wenn der vorgemerkte Anspruch unverjährbar sei, müsse man sich dafür entscheiden, die Verjährbarkeit auszusprechen". Über die Beweiskraft dieser Argumentation werde ich an anderer Stelle (cf. S. 75) noch etwas hinzufügen. Aus unbekannten Gründen, die zu erklären ich den Redaktoren des B.G.B. überlassen muss, hat jedoch diese Bestimmung keine Aufnahme im B.G.B. gefunden. Haben vielleicht die Redaktoren in zwölfter Stunde die Unrichtigkeit eines derartigen Zusatzes erkannt?

gangspunkte des Gesetzes die Wirkung der Vormerkung erkannt hat. Die angebliche Zulässigkeit der Verjährung kann daher nimmermehr als Beweismittel gegen irgendwelche Konstruktion verwandt werden.

Die gleichen Erwägungen greifen bezüglich aller der Einreden Platz, die der Wirksamkeit des Vormerkungsanspruches nicht von vornherein entgegenstehen, sondern erst nachträglich ihre Begründung finden. So die Einrede aus § 519 B.G.B., auf welche sich Biermann[1]) beruft. Der Schenker kann unter den im § 519 B.G.B. angegebenen Umständen die Erfüllung seines Versprechens verweigern. Diese Einrede fällt naturgemäss fort, sobald die Erfüllung erfolgt ist. Ist nun Gegenstand des Schenkungsversprechens die Bestellung einer Hypothek, so hängt die Beantwortung der Frage, ob nach Eintragung der Vormerkung die Erfüllung noch erfolgen kann, allein von der Vorfrage ab, ob durch die Vormerkung bereits die versprochene Hypothek entstanden ist oder nicht. Diese Vorfrage bildet aber wieder das Thema probandum. Es kann daher erst dann der Satz aufgestellt werden, der Schuldner könne auf Grund der §§ 519 und 886 B.G.B. Beseitigung der Vormerkung verlangen, wenn feststeht, dass durch Eintragung der Vormerkung keine Hypothek entsteht. Der § 886 kann somit auch nicht aus diesem Gesichtspunkte „gegen die Annahme sprechen, dass die Vormerkung aus dem persönlichen Anspruche ein dingliches Recht mache".[2]) Unsere Konstruktion dürfte auch weit mehr mit dem Zweck der Vormerkung im Einklange stehen, als die Biermanns, auf Grund deren derjenige, dessen Anspruch durch die Vormerkung gesichert werden soll, fortwährend der Gefahr ausgesetzt ist, denselben noch nach der Eintragung der Vormerkung wieder durch Verjährung oder durch eine Einrede, wie diejenige aus § 519 B.G.B. zu verlieren; so kann man doch nicht mehr sagen, „dass dem Gläubiger durch die Eintragung der Vormerkung die definitive Eintragung in materiellrechtlicher Beziehung ganz so gesichert werde, wie wenn

---

[1]) a. a. O. S. 174.

[2]) Biermann a. a. O. S. 174 f. und Sachenrecht Bem. 2 zu § 884. Meiner Ans. Fuchs S. 136 Bem. 1 zu § 886.

sie zur Zeit bezw. an Stelle der Vormerkung erfolgt wäre".[1])

Biermann hat schliesslich noch seine Bedenken gegen die Konstruktion der Vormerkung als ein dingliches Recht unter 6 Punkte zusammengefasst, die wir hier noch unter der Voraussetzung zu besprechen haben, dass sie sich gegen die Ansicht richten, das vorgemerkte Recht sei ein dingliches Recht. Mit Sicherheit ist allerdings nicht festzustellen, gegen welchen Feind Biermann Front macht. Im Beginn des § 19 Abs. III[2]) scheint es, dass sich Biermann hier nur gegen die Konstruktion Jaegers wendet, der in der Vormerkung ein dingliches Sicherungsrecht eigener Art ähnlich der Arresthypothek sieht. Am Ende des § 19 Abs. III[3]) richtet sich Biermann aber gegen Fuchs, dessen Konstruktion — wenigstens nach Auffassung Biermanns[4]) — in wesentlichen Punkten mit der hier vertretenen übereinstimmt. Jedenfalls stellt Fuchs den Satz auf, dass regelmässig durch die Vormerkung das von dem Gläubiger zu beanspruchende Recht wenn auch nur in bedingter Weise zu Stande kommt.[5]) Möglich ist ja auch, dass Biermann in den 6 Punkten sowohl Jaeger als Fuchs bekämpfen will. Seite 179 heisst es bei Biermann:[6])

„Wenn es die Aufgabe der Auslegung ist, den Sinn oder den Willen des Gesetzes zu erforschen, so lässt sich hier ohne Bedenken sagen, dass die Ansicht, die Vormerkung sei ein dingliches Recht, dem Willen, dem Sinn des Gesetzes und damit dem Gesetze selbst widerspricht. Dieser Wille des Gesetzes ergiebt sich aus folgendem:

„1. Nach § 885 Abs. 2 kann bei der Eintragung der Vormerkung zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs auf die einstweilige Verfügung oder die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Diese Bestimmung wäre

---

[1]) Planck a. a. O. Bd. III, S. 95 Ziff. 3.
[2]) a. a. O. S. 178.
[3]) a. a. O. S. 179 unten.
[4]) a. a. O. S. 167.
[5]) a. a. O. S. 112 § 883 Bem. 7, cc, β. Abs. 2.
[6]) a. a. O. S. 179 Abs. 3 unten.

überflüssig, wenn die Vormerkung[1]) ein dingliches Recht wäre, denn dann würde bereits nach § 874 dasselbe gelten.

„2. Nach § 889 erlischt ein Recht an einem fremden Grundstück nicht dadurch, dass die Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt. Dies gilt für die Vormerkung nicht. Wenn beispielsweise derjenige, zu dessen Gunsten eine Hypothekenvormerkung eingetragen ist, das Eigentum an dem Grundstück erwirbt, so erlischt die Vormerkung.

„3. Nach § 902 unterliegen die Ansprüche aus eingetragenen Rechten nicht der Verjährung. Für die Vormerkung gilt dies anerkanntermassen nicht.

„4. K.O. § 24 wäre entbehrlich, wenn die Vormerkung ein dingliches Recht an dem Grundstücke wäre, denn dann würde sie auch ohne diese Bestimmung im Konkurse wirken.

„5. Nach Zw.V.G. § 48 sind Rechte, die durch Eintragung einer Vormerkung gesichert sind, wie eingetragene Rechte zu berücksichtigen. Daraus ergiebt sich, dass die Vormerkungen eben nicht eingetragene Rechte sind.

„6. Auch § 1971 unterscheidet zwischen Gläubigern, die bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ein Recht auf Befriedigung aus diesem Vermögen haben, und solchen, deren Ansprüche durch eine Vormerkung gesichert sind. Wenn die Vormerkung ein dingliches Grundstücksrecht wäre, wäre ihre besondere Hervorhebung entbehrlich".

Die unter 1 und 4—6 angewandte Argumentation hat Biermann selbst bereits zuvor Fuchs gegenüber mit Recht bemängelt, er sagt dazu:[2]) „Wollte man Fuchs mit seinen eigenen Waffen bekämpfen, so könnte man sagen: Wenn die Vormerkung ein dingliches Recht wäre, so wäre § 884 B.G.B. überflüssig, denn

---

[1]) Natürlich hat man hier stets Biermanns falsche Terminologie „Vormerkung" stillschweigend rektifiziert zu denken in das „vorgemerkte Recht". Ich mache bei der Gelegenheit noch darauf aufmerksam, dass B. sub 5 (S. 180) ganz korrekt von „Ansprüchen aus eingetragenen Rechten" spricht, statt aber konsequent „vorgemerkte Rechte" dem gegenüberzustellen, immer wieder in den Bann seiner schiefen Fragestellung gerät und plötzlich wieder von „Vormerkungen" spricht.

[2]) a. a. O. S. 171 unten.

dann könnte sich der Erbe selbstverständlich nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen. Damit § 884 eine Bedeutung gewinne, ist es notwendig, anzunehmen, dass durch die Eintragung der Vormerkung kein dingliches Recht entstehe. Indessen sind mit dieser Art von Deduktion immer nur ganz unsichere Resultate zu gewinnen". Das hindert, wie man sieht, Biermann trotzdem nicht im Geringsten, sich dieser Art von Beweisführung unter Ziffer 1 und 4—6 zu bedienen und sie sogar als unbedingt durchschlagende Beweise für seine Zwecke hinzustellen. Man könnte Biermann nicht nur mit seinen eigenen Waffen, sondern mit seinen eigenen Worten bekämpfen, dass er sich der vorher von ihm selbst verpönten Kampfesweise bedient. Es kommen jedoch noch andere schwerwiegende, sachliche Momente hinzu.

Ad 1. Nach Analogie von Biermann ist die Hypothek kein dingliches Recht, denn § 1115 Abs. 1 letzter Satz B.G.B. besagt: „Im übrigen kann zur Bezeichnung der Forderung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden". Diese Bestimmung wäre nach Analogie von Biermann überflüssig, wenn die Hypothek ein dingliches Recht wäre, denn dann würde nach § 874 B.G.B. bereits dasselbe gelten. Wenn ein Beweis zu solchen Schlüssen führen kann, dann dürfte damit das Urteil für ihn gefallen sein, dass es in der That gar kein Beweis ist. Biermann beachtet dabei auch nicht, dass der § 874 in seinem letzten Satze bezüglich der dinglichen Rechte einen Vorbehalt macht: „soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt", und dass für die Vormerkung insofern eine Ausnahme zu machen ist, als naturgemäss bei ihrer Eintragung auch auf die einstweilige Verfügung muss Bezug genommen werden können. Der Abs. 2 § 885 B.G.B. ist im übrigen vollkommen analog dem § 1115 Abs. 1 B.G.B.

Ad 2. Auf ebenso schwachen Füssen steht der 2. Punkt, dass die Vormerkung erlischt, wenn der Eigentümer des Grundstücks sie erwirbt, oder der Vormerkungsberechtigte das Eigentum an dem Grundstücke erwirbt, zumal sich dieses angeblich aus den Vorschriften des Gesetzes ergeben soll. Für seine Behauptung lässt sich nun aber schlechterdings kein Anhaltspunkt im Gesetze finden, denn der § 886 B.G.B., der allein

von der Beseitigung der Vormerkung handelt, hat einen derartigen Fall nicht vorgesehen. Sollte etwa Biermann zur Aufstellung des unter Nr. 2 aufgeführten Satzes geschritten sein, weil er Anstoss nahm, den § 889 auf die Vormerkung auszudehnen mit Rücksicht auf das Wort „Recht", so möchte ich ihn auf seine eigene künstliche Ausdehnung der Vorschrift des § 268 B.G.B. auf die Vormerkung verweisen. Den Nachweis der Nichtanwendbarkeit des § 889 B.G.B. auf die Vormerkungen, oder richtiger gesagt, vorgemerkten Rechte, hat er jedenfalls mit seiner auf nichts — insbesondere nicht auf Legalvorschriften — gegründeten Behauptung nicht bewiesen. Biermann hat gewiss Recht, dass der § 889 bezüglich der vorgemerkten Rechte nicht wirkt, sobald feststeht, dass das vorgemerkte Recht kein Sachenrecht ist; das will aber Biermann erst beweisen. Er bewegt sich also hier in einem circulus vitiosus.

Ad 3. Es soll nach ihm anerkanntermassen für die Vormerkung der Ausschluss der Verjährung für Ansprüche aus eingetragenen Rechten nach § 902 B.G.B. nicht gelten. Bevor ich auf dies „anerkanntermassen" eingehe, ist hier m. E. Zeit und Ort, um die Nebenfrage zu erörtern, warum überhaupt die im Grundbuche eingetragenen Rechte von der Regel der Verjährbarkeit ausgeschlossen sind: Öffentliche Bücher, als da sind Hypotheken- und Grundbücher, sind geschaffen, um das Recht gegen Anfechtung sicher zu stellen. Rechtssicherheit zu schaffen — ne dominia rerum sint in incerto —.[1]) Naturgemäss musste sich das Buchsystem in Widerspruch setzen zum Verjährungssystem, das denselben Zweck verfolgte. Wem sollte man im Kollisionsfall den Vorzug geben? Man konnte nicht anders als den Inhalt der öffentlichen Bücher der Verjährung entziehen, da die Hauptkraft der Bücher durch dieselbe vernichtet wäre, — nämlich gestützt auf die durch dieselben gewährleistete Garantie, lediglich gemäss dem Buchinhalte seine Rechtsgeschäfte

[1]) Es ist hier zu bemerken, dass nicht, wie Planck (III, S. 14) meint, die Folgen aus dem Publizitätsprinzip willkürliche sind, die sich nach den Verkehrsbedürfnissen beliebig regeln lassen, sondern vollständig auf dem Rechtsprinzip fussen: lex 203 Dig. de R. I, 50. 17: „Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire" (vgl. auch v. Gönner, Bayr. Hyp.-Recht, Bd. I, S. 273 f.).

mit voller Sicherheit abzuschliessen. Das B.G.B. hat sich im Wesentlichen diesen eben dargelegten Ausführungen angeschlossen,[1]) das findet seinen Ausdruck im § 902 B.G.B. An der Hand der Entstehungsgeschichte[2]) des § 902 sahen wir, dass nicht theoretische Gründe die Kommission bewogen, den oben normierten Beschluss zu fassen, für vorgemerkte Rechte (im Sinne des B.G.B.) die Verjährbarkeit bestehen zu lassen, sondern praktische Rücksichten. Ich meine, aus der Begründung der Unverjährbarkeit eingetragener Rechte und dem mit der Vormerkung beabsichtigten Zweck folgt mit zwingender Notwendigkeit, dass rein praktische Erwägungen auch zur Unverjährbarkeit der vorgemerkten Rechte hätten führen müssen.

Ganz unverständlich ist mir jedoch, wie Biermann[3]) — im Hinblick auf die oben[4]) citierten Beschlüsse und Vorgänge bei Beratung dieser Materie in der II. Kommission — sich auf Sinn und Inhalt des Gesetzes stützen will und sagen kann „die Vormerkung (soll heissen das vorgemerkte Recht) ist anerkanntermassen verjährbar, ohne auch nur mit einem Worte dieses auffallende Schweigen des Gesetzes gegenüber den Protokollen Erwähnung zu thun.[5]) Ebensowenig vermag ich eine befriedigende Erklärung für den eklatanten Widerspruch zu finden, der darin liegt, dass Biermann sagt,[6]) das Gesetz verbietet nach Sinn und Inhalt die Konstruktion der Vormerkung als eines dinglichen Rechtes, das ergiebt sich u. a. aus dem § 902. Biermann macht hier aus einem noch recht zweifelhaften, aus irgend welchen Gründen in das Gesetz nicht aufgenommenen Beschlusse der II. Kommission[7]) — vorgemerkte Rechte sollten verjährbar sein — einen wichtigen Rückschluss auf das Wesen des Rechtes, obwohl die Mitglieder der II. Kommission es klipp und klar ausgesprochen haben, dass sie die theoretische Frage

---

[1]) Vgl. Motive III, S. 250 ff. und Haidlen Bd. II, S. 96, II Ziff. 1.

[2]) Vgl. oben S. 70 Anm. 1.

[3]) a. a. O. S. 179 unten.

[4]) Oben S. 70.

[5]) Meines Wissens macht hierauf nur Endemann in einer Fussnote aufmerksam (a. a. O. Bd. II, Teil 1 S. 225 Anm. 4).

[6]) a. a. O. S. 179.

[7]) a. a. O. Bd. III, S. 118.

nicht anschneiden, sondern ganz allein aus formellen, praktischen Gründen die Verjährbarkeit vorgemerkter Ansprüche beibehalten wollten.

Ad 4—6. Zu dem, was er sub 4—6 anführt und selbst vorher als höchst unsichere Beweise bei Fuchs bemängelt, ist vor allem noch zu sagen, dass man sie niemals als Beweise dafür anführen kann, das vorgemerkte Recht sei kein dingliches Recht, sondern höchstens dafür, dass die Autoren des B.G.B. ohne eine klare und bestimmte Konstruktion im Auge zu haben, das vorgemerkte Recht nicht als dingliches Recht auffassten, sondern die fraglichen Bestimmungen als iura singularia betrachtet haben;[1]) dem möchte ich auch durchaus nicht widersprechen. Biermann darf sich aber nicht, wie er das fast in allen 6 Punkten thut, fortwährend im circulus vitiosus[2]) drehen, nicht das zum Beweise anführen, was erst noch bewiesen werden muss, ob die genannten Gesetzesbestimmungen Konsequenzen aus dem Wesen der Vormerkung bezw. des vorgemerkten Rechtes sind, oder bloss iura singularia quae non producenda sunt ad consequentias. Das hat genau denselben Wert, als würde man Biermann erwidern: vorgemerkte Rechte sind dingliche Rechte, denn, wie auch Biermann[3]) zugiebt, erstreckt sich der § 268 B.G.B. ebenfalls auf vorgemerkte Rechte, ohne dass sich eine darauf bezügliche Singularvorschrift findet. Das ist aber meines Erachtens alles Beweisfrage und darf nicht zum Beweis gestempelt werden.

Wir hatten bisher noch die Frage offen gelassen, ob durch Eintragung der Vormerkung die der definitiven Eintragung entsprechende Wirkung nur in bedingter Weise oder schlechthin eintritt, da die Gesetzbestimmungen, auf denen unsere Konstruktion aufgebaut ist, hierüber unmittelbar keinen Aufschluss geben. Die herrschende Meinung bezw. das historische Recht nahm meist nur eine bedingte Wirkung an. Für das Recht des B.G.B. vertreten diese Ansicht Stobbe,[4])

---

[1]) Vgl. meine Ausführungen oben S. 8 u. 69.

[2]) Vgl. oben S. 75.

[3]) a. a. O. S. 201 Ziff. IX.

[4]) a. a. O. Bd. II, Teil 2 S. 230. Zwar spricht Stobbe-Lehmann nicht ausdrücklich vom B.G.B., doch darf man, da das Privatrecht im Anschluss

Boehm,[1]) Matthiass[2]) und Fuchs.[3]) Es entsteht nun aber die Frage: vom Eintritt welcher Bedingung soll noch die definitive Wirkung abhängen?

An sich ist zweierlei denkbar: die unbedingte Wirkung tritt ein,

a) sobald die definitive Eintragung erfolgt, gleichviel ob auf Grund einer Eintragungs- bezw. Löschungsbewilligung desjenigen, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, oder auf Grund eines gegen diesen erzielten rechtskräftigen Urteils;

b) schon früher infolge der Liquidestellung des Vormerkungsanspruchs, sei es durch Anerkennung seitens des Verpflichteten, sei es durch rechtskräftige Feststellung dieses Anspruches gegenüber dem Verpflichteten.

Die letztere Art der Bedingung[4]) scheint Fuchs,[5]) wie auch Biermann[6]) annimmt, im Auge zu haben, die erstere Art offenbar Stobbe.[7])

Was nun zunächst das Erfordernis der Liquidestellung des Vormerkungsanspruches anbelangt, so ist dasselbe gewiss nicht ganz und gar unhaltbar. Das Recht kann den Satz aufstellen, dass es einem obligatorischen Anspruch nur unter der Bedingung eine gewisse Folge-Wirkung beimessen will, dass entweder der Schuldner seine Verpflichtung ausdrücklich anerkennt, oder die Verpflichtung gegen ihn durch Urteil festgestellt wird. Das Erfordernis ist aber ein derartig abnormes, ausserordentliches, dass man entweder in der Lage sein muss, die Existenz desselben aus einer klaren, positiven Norm herzuleiten, oder dasselbe aus dem Zweck des in Frage stehenden Institutes als eine unvermeidliche Folge zu schliessen. Beides trifft in unserem Falle nicht zu.

---

an das B.G.B. neu bearbeitet ist, annehmen, dass der Verfasser bezüglich der Vormerkung des B.G.B. der a. a. O. niedergelegten Ansicht huldigt.

[1]) a. a. O. Anm. III zu § 883.

[2]) a. a. O. S. 39.

[3]) a. a. O. S. 112, β.

[4]) Vgl. Borchardt S. 21 Ziff. 1 Abs. 5.

[5]) a. a. O. S. 112 Ziff. 7, cc, β, Abs. 2 Ende.

[6]) a. a. O. S. 175.

[7]) a. a. O. S. 230 Bd. II, Teil 2.

Von vornherein aber scheint mir der Gedanke ganz ausgeschlossen zu sein, die definitive Eintragung als Bedingung anzusehen. Denn könnte man die nach § 873 B.G.B. erforderliche Eintragung eines Sachenrechts als Bedingung der Bestellung oder Übertragung eines Sachenrechts setzen, dann könnten die wichtigsten Formvorschriften mit Leichtigkeit umgangen werden. Man könnte dann z.B. sich zur Eigentumsübertragung eines Grundstückes durch mündlichen Vertrag mit der Suspensivbedingung der nachträglichen notariellen oder gerichtlichen Beurkundung verpflichten, indem man sich gleichzeitig verpflichtete, eine dieser beiden Beurkundungen innerhalb einer gewissen Frist nachzuholen.

In gleicher Weise könnte Eigentum an einer beweglichen Sache unter der Bedingung der nachfolgenden Tradition übertragen werden. Es kann aber niemals das Nachholen einer notwendigen Rechtsvoraussetzung eines Rechtsgeschäftes als Bedingung des Zustandekommens dieses Geschäftes, als condicio iuris gesetzt werden. Die notwendige Rechtsvoraussetzung muss stets in praesenti vorhanden sein.

Die definitive Eintragung muss aber für diejenigen als notwendige Voraussetzung jeder Begründung, Änderung, Übertragung und Belastung von Sachenrechten mittels Rechtsgeschäftes gelten, denen die vorläufige Eintragung in der Form der Vormerkung zur Entstehung eines unbedingten Rechtes nicht genügt. Es bleibt hiernach also nur noch das Dilemma: entweder die Vormerkung als genügend zur Überführung der gedachten Rechtsvorgänge anzusehen, und dann muss man zugeben, dass dieselben sich unbedingt in definitiver Weise mittels derselben vollziehen; oder man sieht die definitive Eintragung als eine unerlässliche Voraussetzung an, die nicht durch die Vormerkung ersetzt werden kann, dann kann die Vormerkung nach dem Gesagten auch nicht die Kraft haben, die fraglichen Rechtsvorgänge auch nur in bedingter Weise zu erzeugen.

Meines Erachtens bleibt demnach die Theorie, nach der durch die Vormerkung die im § 883 Abs. 1 B.G.B. bezeichneten Ansprüche nur in bedingter Weise verwirklicht werden, auf halbem Wege stehen, ohne dass hierzu das Gesetz oder sonst irgend ein äusserer Grund Veranlassung gäbe. Die Frage nach

der Wirkung der Eintragung einer Vormerkung ist daher, meine ich, so zu beantworten:

Durch Eintragung einer Vormerkung werden die den im § 883 Abs. 1 B.G.B. bezeichneten Ansprüchen entsprechenden Änderungen der materiellen Rechtslage in unbedingter Weise herbeigeführt.[1])

Selbstverständlich ist, dass da, wo dem Vormerkungsberechtigten nur ein Anspruch auf Einräumung eines bedingten Rechtes, bezw. im Allgemeinen auf eine bedingte Änderung der bestehenden Rechtslage, zusteht, auch nur ein bedingtes Sachenrecht entstehen kann. Denn die Vormerkung kann nicht mehr Recht geben, als die definitive Eintragung geben würde. So entsteht je nachdem bald eine bedingte, bald eine unbedingte Hypothek; so wird, wenn der Anspruch auf Übertragung des Eigentums vorgemerkt ist, der Vormerkungsberechtigte entweder schlechthin Eigentümer oder unter einer Bedingung.

Weder das Eine noch das Andere ist juristisch möglich, wird man einwenden. Im ersten Falle bestände an derselben Sache doppeltes Eigentum in solidum; das bedingte Eigentum verstösst gegen den Grundsatz, dass ein bedingtes auf Auflassung beruhendes Eigentum nach B.G.B. unzulässig ist.[2]) Dagegen ist zu erwidern: stand dem Vormerkungsberechtigten ernstlich ein Anspruch auf Erwerb des Eigentums zu, der sich durch Eintragung der Vormerkung in Eigentum verwandelt hat, so tritt dieses Eigentum an Stelle des bisherigen Eigentums, nicht neben dasselbe. Der bisherige Eigentümer ist zwar noch als Eigentümer eingetragen, aber seine Eintragung hat von nun an nicht mehr Bedeutung wie jede andere, „die mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht“. Wenn es ferner nach dem Buchsystem des B.G.B. zulässig ist, dass der

---

[1]) Natürlicherweise trifft bis zur definitiven Eintragung die Vermutung des § 891 B.G.B. nicht zu und insofern hat der Berechtigte noch einen Teil seines ursprünglichen Anspruchs gegen den von der Vormerkung Betroffenen, nämlich den auf Herbeiführung der definitiven Eintragung. Damit ist zugleich der einzige Unterschied zwischen einem bloss vorgemerkten und einem endgiltig eingetragenen Rechte gekennzeichnet.

[2]) Vgl. Fuchs a. a. O. S. 116 Bem. 10, *d*, letzter Satz, zu § 883.

wahre Eigentümer überhaupt nicht eingetragen ist, sondern an seiner Stelle irgend ein Scheineigentümer, so kann daraus sicher kein Bedenken hergeleitet werden, dass hier der wahre Eigentümer nicht in Abteilung I des Grundbuches, sondern in Abteilung II eingetragen steht.

Zugegeben werden muss, dass das B.G.B. ein bedingtes auf Auflassung beruhendes Eigentum nicht kennt.[1]) Wo liegt denn aber hier eine Auflassung vor? Gerade weil der Veräusserer zu einer Auflassung nicht zu bewegen war, oder gerade weil § 925 Abs. 2 B.G.B. eine Auflassung, die unter einer Bedingung erfolgt, für unwirksam erklärt, hat der Berechtigte allein oder beide Teile zusammen dazu übergehen müssen, sich eine Vormerkung eintragen zu lassen. Die Bestimmung des § 925 Abs. 2 kann also unmöglich dagegen ins Feld geführt werden, dass gegebenenfalls durch die Vormerkung bedingtes Eigentum entsteht. Es ist mir ganz unverständlich, warum sich Fuchs[2]) aus den hier kritisierten Erwägungen dazu hat drängen lassen, auf eine gleichmässige Konstruktion der verschiedenen Arten der Vormerkung zu verzichten, indem er der Eigentumsvormerkung eine besondere Behandlung zu Teil werden lässt. Mit Recht hebt Biermann diesen Mangel seiner Theorie hervor.[3])

Mitveranlasst hat offenbar auch hier wieder die „inelegantia" der Konstruktion Fuchs, dass er auf die richtige Fragestellung nicht alle Sorgfalt verwandt hat, sich kaum des Unterschiedes in derselben ganz bewusst war. Zweifellos kann die Vormerkung niemals das umfassende, totale Recht an der Sache sein,[4]) die Vormerkung ist überhaupt kein Recht, auch kein begrenztes Recht an fremder Sache, sondern nur ein formeller Vermerk im Grundbuche, wie auch die definitive Eintragung.[5]) Aber wohl kann durch Eintragung der Vormerkung eines auf Einräumung dieses Rechtes gerichteten Anspruchs das totale, um-

[1]) B.G.B. § 925 Abs. 2.
[2]) a. a. O. S. 115 Bem. 10 zu § 883.
[3]) a. a. O. S. 169 letzter Absatz.
[4]) a. a. O. S. 115 Bem. 10 zu § 883.
[5]) Vgl. hierzu die durchaus zutreffende Definition Biermanns (a. a. O. S. 184) und Plancks (a. a. O. S. 95 Ziff. 2 zu § 883).

fassende Recht an der Sache, nämlich das Eigentum begründet werden.

V. Abschnitt.

Folgen aus der Konstruktion.

§ 15.

Die nächsten Folgen meiner Konstruktion sind, dass sich die Gesetzesbestimmungen des B.G.B., die man in der neueren Litteratur — abgesehen von Stobbe, Boehm, Matthiass und Fuchs — allgemein als iura singularia zu charakterisieren pflegt, als Folge eines einheitlichen Prinzips darstellen, welches das ganze Vormerkungsrecht beherrscht. So § 884, § 885 Abs. 2 entsprechend dem § 874 B.G.B., § 886, § 887[1]) analog § 1170; desgleichen die diesbezüglichen Zusätze der §§ 439, 1971, 1990 Abs. 2 und 2016 Abs. 2 B.G.B.

I. Aus der Bestimmung des § 268 B.G.B. Abs. 1: „Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand, so ist jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen . . .“ ergiebt sich auf Grund unserer Konstruktion der Vormerkung und des vorgemerkten Rechtes, dass auch der Vormerkungsberechtigte, falls er Gefahr läuft, das ius offerendi hat. Biermann[2]) stimmt in der Sache mit dem hier gewonnenen Ergebnisse überein, doch glaube ich nachgewiesen zu haben,[3]) dass diese Entscheidung vom Standpunkte seiner Konstruktion aus vollkommen unbegründet ist.

II. Derselbe Vorgang wie beim § 268 B.G.B. findet sich bei Prüfung des § 2165 Abs. 1 B.G.B.: „Ist ein zur Erbschaft gehörender Gegenstand vermacht, so kann der Vermächtnisnehmer im Zweifel nicht die Beseitigung der Rechte verlangen, mit denen der Gegenstand belastet ist. Steht dem Erblasser ein Anspruch auf die Beseitigung zu, so erstreckt sich im Zweifel das Vermächtnis auf diesen Anspruch“. Da das vor-

[1]) Über die hierauf bezüglichen Vorschriften der C.P.O. insbesondere des A.G. für Preussen vgl. Meisner a. a. O. S. 50 Anm. 1.

[2]) a. a. O. S. 201 Ziff. IX.

[3]) Oben S. 59.

gemerkte Recht nach uns bereits das Sachenrecht selbst ist, so findet für dasselbe der § 2165 B.G.B. Anwendung. Doch entsteht hier insofern kein Unterschied, als für die Auffassung, das vorgemerkte Recht sei kein dingliches, sondern eine Art obligatorisches Recht, nach dem dafür allgemein geltenden Satze „res transit cum onere suo“ dasselbe gilt.[1])

III. Im § 446 Abs. 1 B.G.B. heisst es:

„ . . . Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen, und trägt er die Lasten der Sache.

„Wird der Käufer eines Grundstückes vor der Übergabe als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen, so treten diese Wirkungen mit der Eintragung ein“.

Es taucht auch hier wieder die Frage auf, ist der dergestalt vor Übergabe eingetragene Käufer gehalten, die Zinsen einer bloss vorgemerkten Hypothek zu tragen? Die Gegner müssen das verneinen, denn nach ihrer Auffassung hat diese Zinslast nichts mit dem Grundstücke zu thun, es handelt sich ja lediglich um die Zinspflicht aus einer Forderung gegen eine Person, die vielleicht nicht einmal sein Verkäufer ist. Die Vormerkung der Hypothek sichert nur deren demnächstige Eintragung auf sein Grundstück gegen ihn, weiter hat er mit dieser Hypothek noch nichts zu thun. Meiner Konstruktion gemäss ist natürlich diese Frage bejahend zu beantworten.

IV. Biermann[2]) schneidet unter Ziffer X seines § 20 eine praktisch sehr wichtige Frage an. Man liest dort zu Anfang seiner Ausführungen:

„Bei den Beratungen der Kommission für die 2. Lesung des B.G.B. wurde der Antrag gestellt, im Gesetze auszusprechen:

> Das Recht aus der Vormerkung erstreckt sich auf die von dem Grundstücke getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile, sowie auf das Zubehör des Grundstücks. Die für die Hypothek geltenden Vorschriften des § 1067a der vorläufigen Zusammenstellung finden entsprechende Anwendung.[3])

---

[1]) Vgl. auch Windscheid-Kipp a. a. O. Bd. III, § 654 S. 646 Ziff. I, 3.
[2]) a. a. O. S. 201 unten.
[3]) Prot. Bd. III S. 741 § e.

„Dieser Antrag wurde als entbehrlich abgelehnt.[1]) Die Mehrheit der Kommission war der Ansicht, dass regelmässig der auf das Grundstück gerichtete Anspruch sich auch auf das Zubehör desselben erstrecke, und dass danach die Rechtswissenschaft wohl ohne Bedenken zu dem Satze gelangen werde, dass die Vormerkung, welche jenen Anspruch dinglich zu sichern bestimmt sei, auch das Zubehör mitumfasse. Wo es notwendig erscheine, werde der Gläubiger neben der Vormerkung eine einstweilige Verfügung hinsichtlich des Zubehörs erwirken können.

„In der That wird der angeführte Satz aufgestellt werden können. Nach § 314 erstreckt sich, wenn sich jemand zur Veräusserung oder Belastung einer Sache verpflichtet, die Verpflichtung im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache. § 2164 Abs. 1 bestimmt entsprechend: das Vermächtnis einer Sache erstreckt sich im Zweifel auf das zur Zeit des Erbfalls vorhandene Zubehör. Für diejenigen Fälle, in denen der Anspruch auf Übereignung oder Belastung des Grundstücks nicht auf Vertrag oder Vermächtnis beruht, wird Gleiches angenommen werden dürfen. Da die Vormerkung den Anspruch in vollem Umfange sichern soll, so hat sie auch denjenigen auf das Zubehör zu sichern. Infolgedessen muss auch für die Verfügung über das Zubehör § 883 Abs. 2 gelten, eine Verfügung über das Zubehör also insoweit unwirksam sein, als sie den Anspruch des Vorgemerkten auf das Zubehör vereiteln oder beeinträchtigen würde".

Die Erwägung Biermanns: „da die Vormerkung den Anspruch in vollem Umfange sichern soll, so hat sie auch denjenigen auf das Zubehör zu sichern", lässt sich nun im Hinblick auf § 314 B.G.B.[2]) und § 2164 Abs. 1 B.G.B.[3]) kaum ernstlich bekämpfen, es sei denn, dass man mit Pedanterie darauf hinweisen wollte, dass in derartigen Fällen doch niemals ein Anspruch, sondern mehrere Ansprüche vorliegen. Ist ein Ver-

[1]) Das. S. 747, D.

[2]) § 314: „Verpflichtet sich Jemand zur Veräusserung oder Belastung einer Sache, so erstreckt sich die Verpflichtung im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache".

[3]) § 2164, 1: „Das Vermächtnis einer Sache erstreckt sich im Zweifel auf das zur Zeit des Erbfalls vorhandene Zubehör".

käufer verpflichtet, mir Eigentum an einem Hause und an dem Zubehör des Hauses zu verschaffen, so liegen hier mindestens zwei Ansprüche vor; man denke insbesondere an den Fall, dass ein Usufruktus an einem Grundstück bestellt werden soll, dessen Zubehör teilweise aus verbrauchbaren Sachen besteht. Sollte man hier, wo der Besteller zum Teil verpflichtet ist Usufruktus, zum Teil Eigentum zu verschaffen, einen einheitlichen Anspruch annehmen können? Doch wenn man auch letzteren Einwurf unbeachtet lässt, so ist gleichwohl die Frage gestattet: Nimmt Biermann bezüglich der Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile des Grundstückes, sowie bezüglich der Miet- oder Pachtzins- oder Versicherungsforderung die gleiche Wirkung an, wie bezüglich des Zubehörs, und wie will er hier diese Wirkung vom Standpunkte seiner Konstruktion aus erklären? Glaubt er hier auch noch mit der Erwägung aushelfen zu können, dass die Vormerkung den Anspruch im vollen Umfange sichern soll? Hier fehlen Bestimmungen, wie die der §§ 314 und 2164 Abs. 1 B.G.B., die diese Erwägung auch für diesen Fall schlüssig machten. Es giebt keinen Satz, der besagte: „Verpflichtet sich jemand zur Belastung eines Grundstückes, so erstreckt sich diese Verpflichtung im Zweifel auch auf die Früchte, die Bestandteile der Sache auf die Miet- und Pachtzinsforderung, auf die Ansprüche aus dem mit dem Eigentum verbundenen Recht auf wiederkehrende Leistungen, auf die Versicherungsforderungen“. Biermann müsste daher hier entweder den Eintritt der bezüglich des Zubehörs behaupteten Wirkungen verneinen, oder aber seine Konstruktion aufgeben. Biermann thut weder das Eine noch das Andere, sondern erklärt ohne weitere Begründung:[1]) „Dieselben Grundsätze wie für die Haftung des Zubehörs gelten für diejenige der Erzeugnisse und Bestandteile des Grundstückes“. Warum denn? Lässt das Recht denn sonst dem Zubehör, Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen die gleiche Behandlung angedeihen, so dass eine derartige analoge Behandlung auch hier sich von selbst verstände? Biermann fährt fort:[2]) Bei der Hypothekenvormerkung

[1]) a. a. O. S. 204 Abs. 3.
[2]) a. a. O. S. 204 Abs. 4.

erhebt sich ferner die Frage, ob und inwieweit, wenn das Grundstück vermietet, verpachtet oder versichert ist, § 883 Abs. 2 auch auf Verfügungen über die Miet- oder Pachtzins- oder die Versicherungsforderung Anwendung zu finden hat. Man wird hier nicht anders zu entscheiden haben, als für das Zubehör".

Was in aller Welt gestattet denn diese Gleichstellung? Die Entscheidung Biermanns ist zweifellos zutreffend; sie wird, wie Biermann auch hervorhebt, von Fuchs[1]) und Endemann[2]) gebilligt. Ebenso unzweifelhaft ist sie unmöglich mit Biermanns Konstruktion zu vereinbaren. Dass sich dieselbe dagegen vom Standpunkte unserer Konstruktion von selbst versteht, und dass alle übrigen in dieser Beziehung vom Gesetz, insbesondere im Hypothekenrecht gegebenen Einzelbestimmungen[3]) sich auch auf die vorgemerkten Rechte beziehen, braucht kaum hervorgehoben zu werden.

§ 16.

V. Viel hin und her gestritten ist über die Frage: soll man überhaupt das vorgemerkte Recht am öffentlichen Glauben teilnehmen lassen oder nicht. Auch Biermann[4]) hat, scheint es mir, in seiner Monographie empfunden, dass man gerade hinsichtlich dieser Materie am ärgsten in Bedrängnis kam. Es liegt selbstverständlich in der Natur des vorgemerkten Rechtes, dass man nur insofern von einer Teilnahme an der publica fides sprechen kann, als das vorgemerkte Recht als solches im Grundbuche als bestehend anerkannt werden muss: Man dürfte nicht etwa den öffentlichen Glauben auch darauf ausdehnen wollen, dass der Anspruch als im Sinne des § 891 unbedingt bestehend vermutet wird, es ist ja gerade Beweisfrage, ob er thatsächlich besteht oder nicht. Nur in dem einen Falle hat das vorgemerkte Recht voll und ganz Teil am öffentlichen Glauben, wenn thatsächlich eine Verpflichtung zur Bewilligung seitens des durch die Vormerkung Belasteten vorliegt. Das ist

[1]) a. a. O. S. 122, Bem. 21 e zu § 883.
[2]) a. a. O. S. 253 Ziff. 3 Abs. 3, 1. Satz.
[3]) §§ 1121—1131 B.G.B.
[4]) a. a. O. S. 188 ff. Ziff. III.

ein Zustand, der sich ohne weiteres aus der Natur des Institutes ergiebt und damit auch einen geringen Unterschied zwischen eingetragenen und vorgemerkten Rechten schafft.[1]) Das wird jedoch von einer grossen Anzahl Kommentatoren geleugnet;[2]) andere dagegen, obgleich keineswegs meiner Ansicht bezüglich der Konstruktion, geben insoweit die Ausdehnung der publica fides zu, so Planck:[3]) „Weitere Fälle, in welchen der Inhalt des Grundbuches der Berufung auf den öffentlichen Glauben desselben entgegensteht, sind mit der Eintragung einer Verfügungsbeschränkung oder einer Vormerkung gegeben". Dieser Ansicht ist auch Turnau.[4]) Andere hinwiederum, wie z. B. Ramdohr,[5]) wollen schlechthin bezüglich der publica fides im § 892 keinen Unterschied gemacht haben zwischen Vormerkung des Rechtes und Definitiv-Eintragung. Biermann auf der einen, Ramdohr auf der anderen Seite bewegen sich in Extremen, der eine in der Nichtzulassung, die anderen in der Zulassung des öffentlichen Glaubens. Die publica fides rundweg absprechen, bedeutet meines Erachtens schon einen Widerspruch mit dem § 883 Abs. 2 und § 888.

Wichtiger jedoch ist die andere Frage, ob Vormerkungseinträge unter dem Schutz des Buchglaubens stehen, das heisst, ob zu Gunsten desjenigen, für den eine Vormerkung im Grundbuche eingetragen wird, der Inhalt des Buches als richtig, eingetragenes Recht als bestehend, nicht eingetragenes Recht als nicht bestehend gilt. Die herrschende Meinung, auch die, welche das vorgemerkte Recht nicht als eine Art dingliches Recht ansehen, neigen offenbar dazu hin,[6]) dem vorgemerkten Rechte auch soweit den Schutz der publica fides zu gewähren.[7])

---

[1]) Die vorgemerkte Hypothek steht, auch wenn der Anspruch auf Bestellung einer gewöhnlichen Hypothek geht, doch stets in dieser Beziehung mit der Sicherheitshypothek auf einer Stufe.

[2]) Vgl. Biermann a. a. O. S. 188 ff.

[3]) a. a. O. Bd. III, S. 111 Ziff. 2 a Abs. 3.

[4]) a. a. O. Bd. I, S. 206 ff., Bem. zu § 892.

[5]) Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. XLIV, S. 352, Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelnder menschlicher Erkenntnisfähigkeit.

[6]) Vgl. Biermann a. a. O. S. 188 Ziff. 3.

[7]) And. Meinung: Planck a. a. O. Bd. III, S. 95 Ziff. 2 Abs. 2 zu § 883.

Schilde, den Biermann[1]) für seine gegenteilige Ansicht in Anspruch nimmt, macht jedoch insofern eine Ausnahme,[2]) als er den Schutz für den Fall zulässt, dass die Vormerkung auf Grund der Bewilligung des Eigentümers des betroffenen Grundstückes erfolgt ist, denn dann seien, da die Einwilligung vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegeben werden oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden müsste,[3]) keine Bedenken aus den Grundlagen des Vormerkungseintrages zu entnehmen. Andere Schriftsteller haben die Vormerkungseinträge unter den § 893 B.G.B. gebracht, indem sie in äusserst gesuchter Weise den „Anspruch" des § 883 B.G.B. auf Grund des § 194 B.G.B. als ein „Recht" definierten. Meines Erachtens ist das leere Wortklauberei, die eben deswegen ohne weiteres in sich selbst zusammenfällt. Ich erwähne sie hauptsächlich darum, weil man hier das instinktiv richtige Bewusstsein — zur Erreichung des mit der Vormerkung gewollten Zweckes ist eine solche Ausdehnung der publica fides notwendig — ringen sieht mit der einmal aufgestellten Konstruktion, die man um jeden Preis erhalten will. Festzustellen wäre von uns, dass durch Rechtsgeschäft ein Recht erworben wird. Nach der hier vertretenen Konstruktion trifft das zu, denn das, was erworben wird infolge der der Eintragung entsprechenden Vormerkung beziehungsweise der besonderen Art der Eintragung, genannt Vormerkung, ist Recht und auf Grund eines Rechtsgeschäftes erworben, nämlich desjenigen Geschäftes, welches den Anspruch erzeugte. Das hat gemäss § 892 B.G.B. zur Folge, dass, wenn für jemanden ein Anspruch vorgemerkt wird, zu seinen Gunsten der Inhalt des Grundbuches als richtig gilt. Dies nimmt auch Turnau[4]) an, obschon das bei Zugrundelegung seiner Konstruktion ziemlich verwunderlich erscheinen muss.[5]) Im Einzelnen ist der gegnerischen Ansicht besonders vorzuwerfen, dass sie unbillig und inkonsequent ist. Namhafte Vertreter derselben,[6])

---

[1]) a. a. O. S. 188 Anm. 7.
[2]) a. a. O. S. 15 f.
[3]) Vgl. G.B.O. § 29.
[4]) a. a. O. S. 207 Bd. I.
[5]) Vgl. auch Biermann a. a. O. S. 189.
[6]) a. a. O. Bd. III, S. 95 Ziff. 3 zu § 883 und S. 71 Ziff. VIII, 3, b.

z. B. Planck, betonen nachdrücklichst, dass durch die Vormerkung dem Gläubiger die Eintragung oder Löschung „in materiellrechtlicher Beziehung ganz so gesichert würde, als wäre sie zur Zeit bezw. an Stelle der Vormerkung erfolgt“. Das hindert jedoch Planck nicht im unmittelbar vorangehenden Absatze, das thatsächliche Gegenteil festzustellen. Ist die im Grundbuche eingetragene Vormerkung von jemandem bewilligt, der zwar als Eigentümer eingetragen war, in der That aber nicht Eigentümer war, dann ist nach Planck[1]) die Berufung des vormerkungsberechtigten Gläubigers auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches ausgeschlossen. Wäre das Recht endgültig eingetragen gewesen, so wäre die Berufung auf die publica fides von Erfolg begleitet gewesen. Wie Planck hier von einer vollkommenen Gleichstellung in materiellrechtlicher Beziehung sprechen kann, ist mir nicht verständlich.

Zugegeben wird in der Litteratur, dass der Fall einer Eintragung auf Grund eines Urteils gemäss § 894 C.P.O. einem rechtsgeschäftlichen Erwerbe gleichzustellen ist.[2]) Einer solchen Eintragung ist der Schutz des § 892 B.G.B. schon gemäss § 898 C.P.O. zuzubilligen. Steht das fest, so muss man dasselbe von einer Eintragung auf Grund des § 895 C.P.O. annehmen, wenn anders die Bestimmung des § 895 C.P.O. — auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urteils gegebenen Falles eine Vormerkung einzutragen — überhaupt Wert haben soll. Es ist um so auffälliger, das leugnen zu wollen, wenn man sowohl für eine freiwillig bewilligte Vormerkung[3]) das Gegenteil zugiebt, wie auch für die Umschreibung der Vormerkung nach eingetretener Rechtskraft gemäss § 894 C.P.O.

Das Gesetz geht davon aus, dass durch die Grundbucheinrichtung an sich eine Gefährdung gegeben ist, und schafft zum Schutze dagegen vorläufige Eintragungen, Vormerkungen. Man darf also jedenfalls daran festhalten, Vormerkung ist eine Art Eintragung. Dass die Vormerkung ein Sicherungsmittel auf der Grundlage der Bucheinrichtung ist, wird ebenso von

---

[1]) a. a. O. Bd. III, S. 95 Ziff. 2 Abs. 2; vgl. auch Biermann a. a. O. S. 188.
[2]) Vgl. Planck, Vorbem. Bd. III, S. 25 Ziff. α; ebenso Biermann a. a. O. S. 191.
[3]) Vgl. Schilde a. a. O. S. 15 f.

allen Seiten zugegeben. Über den Zweck und Schutz der Bucheinrichtung sprechen sich nun die Motive [1]) folgendermassen aus: „Bucheinrichtung bezweckt . . . . den Schutz und die Sicherheit des gegebenen Rechtszustandes“. Das könne, so heisst es in den Motiven [2]) weiter, nur auf der Basis der Publizität geschehen. Stellt man diese beiden vorerwähnten Gedanken nebeneinander — Vormerkung soll Schutz gewähren auf der Basis der Bucheinrichtung — Schutz der Bucheinrichtung nur möglich auf der Basis der Publizität —, dann kann man schlechterdings nur sagen, dass es allein der Absicht und dem Sinne des Gesetzes, der ratio iuris des Institutes, das in Frage kommt, entspricht, den vormerkungsberechtigten Gläubigern den Schutz des § 892 B.G.B. billig zuzugestehen, natürlich immer mit Ausschluss der Vermutung des § 891 B.G.B.

Praktisch kann die Frage nach der Erstreckung der publica fides auf die Vormerkung schliesslich auch dann werden, wenn ein vorgemerkter Anspruch abgetreten oder verpfändet wird. Hier ist vielleicht am meisten gefehlt, dadurch, dass man sich immer in Extremen bewegte, zu weit in der Ausdehnung des öffentlichen Glaubens ging, oder nicht weit genug. Es ist weder zutreffend, mit Biermann behaupten zu wollen, bei Abtretung vorgemerkter Ansprüche, — natürlich immer vorausgesetzt, dass die durch die Vormerkung gewonnene Rechtsposition mit übergeht, [3]) — könne sich der Erwerber nicht auf den öffentlichen Glauben berufen, der § 892 sei nicht anwendbar; noch ist es zutreffend, den Anspruch einfach zu Gunsten des Erwerbers als bestehend anzunehmen, ebenso wie die bislang eingetragenen (Definitiv-)Rechte. Instinktiv hat nach Biermann [4]) anscheinend Turnau [5]) das Richtige getroffen, wenn er „die Anwendung der §§ 892, 893 B.G.B. auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb eines Rechtes an einem Grundstücke durch Eintragung einer Vormerkung“ nicht für ausgeschlossen erachtet, den Anspruch selbst aber nicht unter den Schutz des öffentlichen

[1]) a. a. O. Bd. III, S. 252.
[2]) a. a. O. Bd. III, S. 254.
[3]) Vgl. hierzu auch Biermann a. a. O. S. 143 Ziff. IV.
[4]) a. a. O. S. 189.
[5]) a. a. O. Bd. I, S. 207, Bem. VI, 1 zu § 892.

Glaubens des Grundbuches stellt. Auf Grund seiner Konstruktion konnte er aber wie gesagt nicht zu einem solchen Schlusse gelangen. Natürlich muss bei unserer Konstruktion bei Abtretung eines vorgemerkten Rechtes, da diese Cession ausserdem im Grundbuche eingetragen wird, zu Gunsten desjenigen, an den cediert wird, der Inhalt des Grundbuches im Sinne des § 892 B.G.B. als bestehend als richtig angenommen werden, die Vormerkung als solche als bestehend, der vorgemerkte Anspruch dagegen seiner dargestellten Natur nach, als noch des Nachweises bedürftig, noch streitig.[1]) Das ist m. E. der einzig mögliche Standpunkt. Man kann an die gegenteilige Ansicht um so weniger anknüpfen, wenn man sich darüber klar wird — was auch Biermann, Planck und Andere konsequenterweise hätten folgern müssen —, dass, wenn von der Eintragung eines vorgemerkten Anspruches in das Grundbuch die Rede ist, das nur unter dem Gesichtspunkte geschehen kann, durch die Vormerkung wird schon ein Sachenrecht erzeugt, mithin muss zu Gunsten des Cessionars die Schutzvorschrift des § 892 B.G.B. gelten.

VI. Hieran anknüpfend verweise ich darauf, dass nach dem Willen des Gesetzgebers, eben um den gewollten Zweck zu erreichen, die Abtretung einer vorgemerkten Forderung in das Grundbuch eingetragen werden kann. Nach § 401 B.G.B. geht die durch die Vormerkung erlangte Rechtsposition vermöge ihrer accessorischen Natur zugleich mit der abgetretenen Forderung an den Dritten über: „Mit der abgetretenen Forderung gehen die Hypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen . . . . auf den neuen Gläubiger über“. Das ist für mich lediglich eine Konsequenz meiner Auffassung; wenn Jaeger, Stobbe, Fuchs und Boehm das ebenfalls behaupten, dann ist dagegen nichts einzuwenden. Auf Seiten der anderen Schriftsteller, Biermann, Planck und auch der Autoren des B.G.B. war es jedoch ein Sprung aus ihrer Konstruktion, anzunehmen, die Vormerkung gehe als Accessorium bei der Cession mit über. Dass Planck und Biermann diesen Sprung machen, ist bereits a. a. O. ausgeführt; für die Protokolle dürfte dasselbe unter

[1]) Vgl. die ähnlichen Ausführungen bei Fuchs a. a. O. S. 122 Bem. 20.

anderem folgende Bemerkung beweisen:[1]) „Der Absatz 1 (des § 401 B.G.B.) müsste auch für die den Anspruch sichernde Vormerkung gelten". Man erklärte sich prinzipiell damit einverstanden und überwies die Vorschläge der Redaktionskommission. Dass trotzdem die Vormerkung keine namentliche Erwähnung im § 401 B.G.B. gefunden hat, ist höchstens ein Zeichen, dass man es für ganz selbstverständlich hält, dass für die Vormerkung dasselbe gilt. Für mich würde ein diesbezüglicher Zusatz allerdings gänzlich überflüssig sein, für diejenigen, die meinen Standpunkt nicht teilen — Stobbe, Boehm, Matthiass und Fuchs natürlich in diesen Fällen immer ausgenommen, ebenso Cosack — war er nötig als Singularvorschrift. Das Fehlen derselben zwingt sie zu einer Annahme, die sie schwerlich begründen können. Liess man nun ferner die Vormerkung bezw. die dadurch erlangte Rechtsposition auf den neuen Gläubiger mit übergehen, dann müsste man, wenn anders das Wert haben sollte, auch insofern einen Schritt weitergehen, dass man diese Cession in das Grundbuch eingetragen werden liess. Für die frühere preussische Praxis hatte das eine Entscheidung des preussischen Kammergerichts[2]) bereits entschieden. Die herrschende Ansicht hat sich dem, wie wir gesehen haben, ausnahmslos angeschlossen.[3]) Die Autoren des B.G.B. haben diese Auffassung acceptiert:[4]) „Darüber, dass der § 1086 (§ 1153 B.G.B.) für alle im § 294 bezeichneten Übertragungsarten gilt, lässt seine Fassung keinen Zweifel". Nach § 1154 Abs. 2 wird die Abtretung der Hypothek, mithin auch der Vormerkung, in das Grundbuch eingetragen. Für die Vormerkung kommt die Eintragung allein in Betracht, weil das Surrogat derselben, die Briefübergabe, an sich ausgeschlossen ist. Bei Eintragung der Cession in das Grundbuch, die nach § 19 G.B.O.[5]) zu erfolgen hat bezw. nach § 40 G.B.O.[6]), muss

[1]) Mugdan: „Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuche" Bd. II, S. 574 letzter Absatz, und metallographierte K.P. II, S. 4795.

[2]) a. a. O. Bd. XVI, no. 38 S. 141 f.

[3]) Planck II, S. 185 zu § 401 Ziff. 1 Abs. 2.

[4]) Mugdan a. a. O. III, S. 395 a 2 b.

[5]) S. a. Planck III, S. 97 Ziff. 4.

[6]) „Eine Eintragung soll nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. . . ."

zuvor das Recht dessen eingetragen sein, der die Eintragung der Cession bewilligt. Unter „Recht“ ist hier natürlich, wie überhaupt in der G.B.O., Sachenrecht verstanden. Die Schriftsteller, die das vorgemerkte Recht nicht als bedingtes oder unbedingtes Sachenrecht ansehen, müssen auch hieran scheitern. Für mich ist die Eintragungsfähigkeit der Cession einer vorgemerkten Forderung wieder nur eine Konsequenz der hier vertretenen Auffassung, Vormerkung erzeuge gegebenen Falles sofort das Sachenrecht selbst.

§ 17.

VII. § 889 B.G.B. bestimmt:

„Ein Recht an einem fremden Grundstücke erlischt nicht dadurch, dass der Eigentümer des Grundstückes das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstücke erwirbt“.

Dasselbe gilt natürlich auch von dem vorgemerkten Rechte, ohne dass es für uns einer besonderen Bestimmung darüber bedarf.

In der Begründung des § 889 sagen die Motive:[1] „Die Sicherheit, die ein mit Hypotheken belastetes Grundstück gewähre, sei hauptsächlich durch den Rang bedingt, den die Hypothek desselben in der Reihenfolge der Eintragungen einnehme. Jede neue Hypothek sei auf die letzte Stelle angewiesen, der Kredit des Eigentümers sei mithin um so schwächer, je stärker das Grundstück belastet sei. Werde daher eine bessere Stelle frei in der Rangordnung, indem die Hypothek mit dem Eigentum in derselben Person zusammentreffe, so fordere die Rücksicht auf den Realkredit, dass der Eigentümer die Möglichkeit habe, die nämliche Sicherheit, welche die alte Hypothek dem Gläubiger verschaffte, zur Befriedigung eines weiteren Kreditbedürfnisses an einen Gläubiger zu vergeben. Im gegenteiligen Verfahren würde eine unbillige Benachteiligung des Eigentümers liegen. Der Gläubiger der nachstehenden Post gewinnt eine Verbesserung, auf die er kraft seines dinglichen Rechtes nicht rechnen durfte. Dasselbe, was von der Hypothek gelte, habe auch von der

[1]) a. a. O. III, S. 203 ff.

Grundschuld, dem Vorkaufsrechte, dem Erbbaurechte, den Dienstbarkeiten und Reallasten, soweit sie in das Grundbuch eingetragen sind, zu gelten". Verhält es sich denn aber nicht mit dem vorgemerkten Rechte genau so, bekommt nicht auch da der Gläubiger, der nach Eintragung einer Hypothekenvormerkung eingetragen wird, eine im Range der vorgemerkten Hypothek nachstehende Hypothek? Warum sollte in dem Falle[1]) der Eigentümer schlechter gestellt werden, der Gläubiger der nachstehenden Hypothekenpost ohne Grund auf Kosten des Eigentümers einen Vorteil haben?

VIII. Dass der Absatz 5 des § 880 B.G.B.:

„Rechte, die den Rang zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Rechte haben, werden durch die Rangänderung nicht berührt",

ohne weiteres auch auf den Rang der vorgemerkten Rechte Anwendung findet, darüber lässt auch die Fassung des § 883 Abs. 2 keinen Zweifel, nur liegt die Sache so, dass die Gegner sich auf § 883 Abs. 2 berufen müssen, wir das aber nicht nötig haben. Das Resultat ist in beiden Fällen dasselbe.

IX. Ist eine Hypothek an einem Erbbaurechte vorgemerkt, so kann nach der herrschenden Meinung, solange die Vormerkung nicht in eine endgültige Eintragung umgeschrieben ist, dieses Erbbaurecht gemäss § 876 B.G.B.[2]) aufgehoben werden, ohne dass es der Einwilligung des Vormerkungsberechtigten dazu bedarf. Denn dessen Zustimmung könnte man nur dann für erforderlich erklären, wenn man annähme, dass er ein dingliches Recht (§ 876) besässe, welches das Erbbaurecht belastete. Nach Planck, Biermann u. a. ist eine solche Annahme und damit auch das Erfordernis der Zustimmung des Vormerkungsberechtigten ausgeschlossen. Nun giebt ja der § 888 B.G.B. ein wenn auch langwieriges[3]) Mittel an die Hand, die gemäss

---

[1]) So Biermann S. 196 und Fuchs S. 115 Ziff. 9, bb, a.

[2]) B.G.B. § 876: „Ist ein Recht an einem Grundstücke mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist zur Aufhebung des belasteten Rechtes die Zustimmung des Dritten erforderlich. . . ."

[3]) Dass der durch § 888 I vorgezeichnete Weg durchaus nicht so einfach, zweckmässig und den praktischen Bedürfnissen entsprechend ist, wie Planck (a. a. O. III, S. 102) mit den Protokollen II. Kommission annahm

§ 883 II unwirksamen Verfügungen aus dem Grundbuche zu entfernen, der § 888 I spricht aber nur von dem mit der Vormerkung kollidierenden Erwerb eines Rechtes etc., von einer kollidierenden Aufhebung eines Rechtes ist keine Rede.[1]) Aus dem § 888 I ergiebt sich somit keine Möglichkeit, selbst dann, wenn der Vormerkungsberechtigte auf Grund des § 894 C.P.O. ein rechtskräftiges Urteil auf Bewilligung der Eintragung seitens des früheren Erbbauberechtigten erfochten hat, den Eigentümer des Grundstückes in gleicher Weise wie den Erbbauberechtigten zu zwingen, seine Einwilligung zur Begründuug und Eintragung eines neuen Erbbaurechts zu geben. Diese Lücke im Gesetz, die sich für alle die ergiebt, welche das vorgemerkte Recht nicht als das bedingte oder unbedingte Recht anerkennen, ist unter Zugrundelegung unserer Konstruktion ohne Weiteres mit Hinweis auf § 876 B.G.B. beseitigt. Mit der Eintragung der Vormerkung war das Sachenrecht bereits erzeugt, mithin konnte gemäss § 876 das Erbbaurecht nicht ohne Zustimmung des Vormerkungsberechtigten aufgehoben werden. Die Litteratur ist denn hierbei auch, soweit[2]) sie überhaupt diese Möglichkeit berücksichtigt hat, offenbar in ein arges Dilemma geraten. Turnau[3]) will die Schwierigkeit damit beheben, dass er als Erfordernis zur Aufhebung eines mit der Vormerkung kollidierenden Rechtes die Zustimmung des Vormerkungsberechtigten aufstellt; er billigt mit anderen Worten dem Vormerkungsberechtigten den Schutz des § 876 zu. Seine sachliche Entscheidung deckt sich mit der unsrigen, nur geht sie nicht aus seiner Konstruktion hervor, sondern setzt sich zu ihr in strikten Widerspruch. — Wenn es noch eines Beweises bedurft hätte für die Unrichtigkeit seiner Theorie, so führte ihn dieser Widerspruch zur Genüge. — Planck[4]) und Biermann[5]) erkennen

(a. a. O. Bd. III S. 746), dafür vgl. Entsch. d. O.L.G. Dresden v. 31. Jan. 1902, Bd. IV S. 237; vgl. auch „Das Recht“ Jahrg. 1902, Entsch. in Civilsachen, Nr. 1145 S. 236.

[1]) Vgl. S. 69 oben.

[2]) Nur Turnau, Planck, Biermann.

[3]) a. a. O. I, S. 157.

[4]) a. a. O. III, S. 103.

[5]) a. a. O. S. 208 f.

zwar beide an, dass der § 888 I B.G.B. auf den Fall der kollidierenden Aufhebung eines Rechtes dem Wortlaut nach nicht anwendbar ist, glauben aber, dass es „nicht bedenklich" sei, die Bestimmungen über kollidierenden Erwerb analog auch auf kollidierende Aufhebung auszudehnen. Biermann tröstet sich mit dem Bemerken, es handele sich „nicht um Eintragung eines anderen, sondern Wiederherstellung des alten Rechtes". Er führt dazu folgendes Beispiel an: „durch Vormerkung ist der Anspruch auf Abtretung einer an 1. Stelle eingetragenen Hypothek A gesichert. Dahinter sind zwei weitere Hypotheken B und C eingetragen. Die Hypothek A wird gelöscht, nunmehr wird eine letzte Hypothek D vom Eigentümer bestellt. Verwirklicht sich jetzt die Vormerkung, so kann der Berechtigte von dem bisherigen 1. Hypothekengläubiger die Abtretung der Hypothek A verlangen und zugleich von dem Eigentümer und den nachstehenden Hypothekaren B, C, D die Zustimmung zu der Wiedereintragung der Hypothek. Allerdings beruht das Vorrücken der nachstehenden Hypotheken infolge Löschung der ersten Hypothek nicht auf einer Verfügung, sondern Gesetz.[1]) Aber es ist oben ausgeführt worden, dass auch kraft Gesetzes eintretende Rechtsänderungen der Verwirklichung der Vormerkung weichen müssen. Der nach der Löschung der Hypothek A eingetragene Hypothekengläubiger D kann sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches nicht berufen, er durfte sich nicht darauf verlassen, dass die gelöschte Hypothek definitiv aufgehoben war, da ja die Vormerkung eingetragen geblieben war. Wie dieses Ergebnis im Grundbuche zum Ausdruck zu bringen ist, richtet sich nach der vom Landesrecht getroffenen Einrichtung des Grundbuches. Nach dem preuss. Muster (Anlage A zur Allgem. Verf. vom 20. Nov. 1899) ist die gelöschte Hypothek für den Vorgemerkten unter neuer Nummer mit dem Bemerken einzutragen, dass dieser Hypothek vor den voreingetragenen Hypotheken B bis D der Vorrang zusteht. Dabei wird der Hinweis erforderlich sein, dass diese Post mit der an erster

---

[1]) Diese Auffassung Biermanns ist m. E. unrichtig; das Dogma vom Vorrücken der nachstehenden Hypotheken ist im B.G.B. aufgehoben; vgl. auch die Ausführungen bei Oberneck (a. a. O. S. 455 § 108, 2).

Stelle eingetragen gewesenen identisch ist. Die Vormerkung der Abtretung ist zu löschen. . . ." Biermann giebt zu, dass die Hypothek gelöscht ist, jedenfalls steht sie nicht mehr im Grundbuche. Nun soll aber der Berechtigte die Abtretung der Hypothek A verlangen können, obschon sie gelöscht ist. Hieran scheitert seine Konstruktion schon, denn gemäss §§ 875 I, 891 B.G.B. ist durch die Löschung das Recht, die Hypothek aufgehoben. Es kann sich also nur um Eintragung einer neuen Hypothek handeln. Wie will B denn aber die Einwilligung des Eigentümers zur Eintragung der neuen Hypothek zwingen? Er selbst baut eine solche Verpflichtung des Eigentümers nach Analogie des § 888 B.G.B. auf. Dem könnte beigepflichtet werden, wenn der § 888 sich als einzelner Anwendungsfall eines höheren Prinzips darstellte. Es dürfte aber nicht leicht sein, ein besseres Beispiel einer Zweckmässigkeitsvorschrift zu finden, als gerade in diesem § 888 B.G.B. Die Versuche Biermanns und Plancks, die Lücke im § 888 I zu beseitigen, können nach alledem nur als misslungene Versuche angesehen werden.

X. Der § 878 B.G.B. bestimmt:

„Eine von dem Berechtigten in Gemässheit der §§ 873, 875, 877 abgegebene Erklärung (soll heissen: zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke oder Belastung desselben mit Rechten an demselben) wird nicht dadurch unwirksam, dass der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist".

Nimmt man mit uns an, dass die Vormerkung bereits die dingliche Rechtsänderung bewirkt, dann gilt dieser Schutz auch für den Fall, dass entweder die einseitige freiwillige Bewilligung des Betroffenen dem Grundbuchamte bereits vorliegt, oder die einstweilige Verfügung oder das vorläufig vollstreckbare Urteil.

Es muss natürlich stets hinzukommen, wie auch in den §§ 873 ff., dass die einstweilige Verfügung bezw. das Urteil in den Händen des Grundbuchrichters ist, wenn der Thatbestand des § 878 im übrigen gegeben ist. Dieser Ansicht ist auch Fuchs.[1]

[1] a. a. O. S. 129, 133, Bem. 2 c, 8 zu § 885.

Jaeger will § 878 nur für den Fall angewendet haben, dass der Antrag auf Eintragung, der dem Grundbuchamte schon vorliegen muss, nach Massgabe des § 873 Abs. 2 B.G.B. erfolgt sei.[1]) Anderer Ansicht ist Planck.[2]) Biermann schlägt einen ähnlichen Mittelweg ein wie Jaeger, nur ist es diesmal nicht die freiwillig, sondern die von Amtswegen nach Massgabe der §§ 18 Abs. 2 und 76 G.B.O. bewilligte Vormerkung: Lägen die Voraussetzungen des § 878 B.G.B. vor und sei die Definitiveintragung noch nicht erfüllt, weil Vorschriften der G.B.O. nicht genügt sei, dann will Biermann den § 878 B.G.B. zur Anwendung bringen:[3]) „Dies deswegen, weil hier auch die definitive Eintragung durch die nach dem Eintragungsantrag eingetretene Verfügungsbeschränkung nicht gehindert oder entkräftet worden wäre, für die die endgültige Eintragung sichernde Vormerkung aber nichts anderes gelten kann". Wer den Satz liest, muss denken, es sei das ein Teil der Argumentation, dass das vorgemerkte Recht nicht anders zu behandeln sei wie das endgültige Recht selbst. Biermann sagt in dem obigen Satze nichts weiter als, dass für die die endgültige Eintragung sichernde Vormerkung, wenn sie auf Grund einer thatsächlichen Verpflichtung zur Bewilligung seitens des Belasteten erfolgt, genau dasselbe gilt wie für eingetragene Rechte, da, wenn das vorgemerkte Recht schon eingetragen wäre, diese Wirkung eintreten würde. Biermann giebt hier einfach dieselbe Konstruktion, wie wir sie oben entwickelt haben.

XI. § 894 B.G.B. schreibt vor, dass „derjenige, dessen Recht im Grundbuche nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Verfügungsbeschränkung beeinträchtigt ist, Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuches von demjenigen verlangen kann, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird". In allen diesen Fällen darf nach § 899 Abs. 1 B.G.B. ein Widerspruch eingetragen werden. Demnach kann, wenn eine im Buche eingetragene Vormerkung zu Unrecht gelöscht wird oder nicht richtig eingetragen wird

---

[1]) S. oben S. 49.

[2]) a. a. O. III, S. 98 Ziff. 2 Abs. 2 zu § 885.

[3]) a. a. O. S. 186.

— z. B. statt Hypothekenvormerkung von 10000 M. eine von 1000 M. —, zu Gunsten des vorgemerkten Gläubigers ein Widerspruch eingetragen werden. Das Sachenrecht war durch die Vormerkung bereits erzeugt, mithin wird der Widerspruch sinngemäss zum Schutze eines bestehenden dinglichen Rechtes eingetragen. Zu demselben Resultate gelangen unter anderen Turnau[1]) und Schilde,[2]) ohne dass sie ihrer Konstruktion gemäss dies begründen können.

XII. § 902 B.G.B. bestimmt: „Die Ansprüche aus eingetragenen Rechten unterliegen nicht der Verjährung . . .“

„Ein Recht, wegen dessen ein Widerspruch . . . eingetragen ist, steht einem eingetragenen Rechte gleich“.

Nach unserer Konstruktion unterliegen ebensowenig die Ansprüche aus vorgemerkten Rechten der Verjährung. Vielleicht deutet im Gesetze der 2. Satz des 1. Absatzes: „dies gilt nicht für . . .“ darauf hin, dass man dort trotz ausdrücklichen Kommissionsbeschlusses[3]) nicht hinzugefügt hat: „ebenso nicht von Ansprüchen aus vorgemerkten Rechten“. Aus welchem Grunde der Widerspruch des B.G.B., bezw. das Recht, wegen dessen ein Widerspruch in das Grundbuch eingetragen ist, der Verjährung entzogen worden ist, erklären die Motive[4]) in Übereinstimmung mit den Kommissionsprotokollen so: „Darauf, ob das Recht endgültig eingetragen oder nur vorgemerkt[5]) ist, kann es nicht ankommen. Denn die Vormerkung des Entwurfes[5]) verschafft dem Rechte die nämliche Publizität wie die endgültige Eintragung. Der Unterschied besteht nur darin, dass der Beweis des Rechtes, von welchem die letztere abhängt, bei der ersteren nur unvollständig erbracht ist. . . . Wird das vorgemerkte Recht (wegen dessen ein Widerspruch eingetragen ist) liquide gestellt, so wirkt es auf den Zeitpunkt zurück, in welchem die Vormerkung[5]) eingetragen wurde; es muss daher ebenso, wie wenn es schon damals endgültig eingetragen worden wäre,

---

[1]) a. a. O. S. 216.

[2]) a. a. O. S. 54 f.

[3]) Vgl. die obigen Ausführungen S. 70 Anm. 1.

[4]) a. a. O. Bd. III, S. 254.

[5]) Hier ist die „Vormerkung“ des I. Entwurfes, also nach der Terminologie des B.G.B. der „Widerspruch“ des § 894 gemeint.

der Verjährung entzogen werden". Im Anschluss an die Ausführungen der Protokolle der II. Kommission sagt Planck[1]) bezüglich der Vormerkung des B.G.B., die der I. Entwurf nicht kannte: dass nach Liquidestellung des Rechtes das Verhältnis grade so liege, wie wenn die Eintragung oder die Löschung an Stelle der Vormerkung und in dem Zeitpunkte erfolgt wäre, in welchem die Vormerkung eingetragen wäre (§ 883): „Der Berechtigte kommt deshalb auf diesem Wege in dieselbe Lage wie derjenige, welcher nach Eintragung eines Widerspruches die endgültige Eintragung oder Löschung erlangt". Die Wirkung der Vormerkung, wie Planck sie in Anlehnung an die Protokolle darstellt, stimmt genau — der Schlusssatz bei Planck giebt das auch schlechthin zu — mit der des Widerspruches. Hiernach erwartete man logischer Weise, nachdem oben vom Recht, zu dessen Gunsten ein Widerspruch eingetragen ist, gesagt ist: „es muss daher der Verjährung entzogen werden", das vorgemerkte Recht müsse ebenfalls daher der Verjährung entzogen sein.[2]) Das geschieht jedoch nicht. Einmütig sagt die herrschende Meinung, für vorgemerkte Ansprüche gelte das anerkanntermassen nicht,[3]) ohne den Widerspruch zu erklären, der sich aus ihrer Begründung für die Unverjährbarkeit des Widerspruches ergiebt. Übrigens führt die gegnerische Meinung zu mindestens sonderbaren Ergebnissen. Wie wir gesehen haben, kann zu Gunsten einer zu Unrecht gelöschten Vormerkung ein Widerspruch eingetragen werden.[4]) Dann würde, wie man allerseits anerkennt, der Anspruch nun nicht mehr verjähren können, obwohl die Voraussetzungen genau dieselben sind wie zu der Zeit, als die blosse Vormerkung noch eingetragen war. Der Rettungsversuch Turnaus:[5]) „Wird z. B. zur Erhaltung eines persönlichen Anspruches auf Einräumung eines Rechtes an einem Grundstücke ein Widerspruch eingetragen (also ein Widerspruch für eine zu Unrecht gelöschte Vormerkung), so kann dieser nur die Wirkung einer Vormerkung haben", ist

---

[1]) a. a. O. Bd. III, S. 71 Ziff. VIII, 3, b.
[2]) Im Sinne des § 883 B.G.B.
[3]) Vgl. die obigen Ausf. S. 70, s. auch Meisner a.a.O. S. 60 Bem. z. § 902.
[4]) S. oben S. 99.
[5]) a. a. O. Bd. I, S. 238 Ziff. 6.

eben nur ein Rettungsversuch, der unbegründet, wie er ist, nichts besagen will. Für uns entstehen alle diese Schwierigkeiten nicht, weil wir in beiden Fällen die Verjährbarkeit verneinen müssen.

Dasselbe gilt bezüglich der Unverjährbarkeit des dinglichen Vorkaufsrechtes des § 1098 Abs. 2 B.G.B. Ist allerdings dem Berechtigten Anzeige gemacht, so kann er sein Recht nur bis zum Ablaufe von zwei Monaten ausüben. Ist die Anzeige aber weder vom Verkäufer noch vom Käufer erfolgt, so kann in diesem Falle von Verjährung keine Rede sein, weil es sich um ein anerkannt dingliches Recht handelt.[1] Andererseits spricht der § 1098 Abs. 2 davon, dass Dritten gegenüber das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung hat. Demnach müsste also das dingliche Vorkaufsrecht dennoch der Verjährung unterliegen. Unsere Konstruktion lässt auch hier wieder einen solchen Widerspruch nicht aufkommen: das vorgemerkte Recht ist unverjährbar und damit auch das dingliche Vorkaufsrecht.

XIII. Falls man nach Massgabe des § 514 B.G.B. die Übertragbarkeit des dinglichen Vorkaufsrechtes ausdrücklich ausbedungen hat,[2] würde im Falle der Übertragung des Rechtes nach der herrschenden Meinung — Fuchs, Stobbe, Boehm, Matthiass ausgenommen — § 892 B.G.B. nicht Platz greifen, weil derselbe nach dieser Auffassung für die vorgemerkten Rechte nicht gilt. Dem stände dann wieder gegenüber, dass aber doch das Vorkaufsrecht ein dingliches Recht ist und insofern § 892 Anwendung fände: ein Dilemma, in das uns unsere Ansicht nicht bringt, da von beiden Standpunkten aus der Schutz des § 892 eintritt.

XIV. Die im § 14 Abs. 1[3]) und § 24 Abs. 3[4]) des Gesetzes,

[1]) So auch Turnau (a. a. O. I, 478 Ziff. 7 Abs. 5): „Unterlässt der Verpflichtete die Mitteilung, so kann das eingetragene Vorkaufsrecht nicht verjähren" (§ 902).

[2]) Meisner a. a. O. S. 200 Bem. 1 a Abs. 2 zu § 1098 verneint für das dingliche Vork.-Recht die Übertragbarkeit.

[3]) „Der Darlehenssucher hat eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung der Rente in das Grundbuch eintragen zu lassen".

[4]) „Bei der Eintragung der Rente ist zugleich auf Grund des Beschlusses der Auseinandersetzungsbehörde (§ 22) eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Einräumung des Vorzugsrechts für die Rente einzutragen".

betr. die Errichtung von Landeskultur-Rentenbanken, vom 13. Mai 1879[1]) erwähnten, durch Artikel 21 des A.G. B.G.B. geänderten Vormerkungen können nur dann wirklich den mit ihnen beabsichtigten Zweck erfüllen, wenn man annimmt, dass durch sie bereits das Sachenrecht selbst erzeugt ist.

XV. Der Hypothekenvormerkungsberechtigte kann jederzeit die dingliche Klage erheben; er ist dann allerdings gezwungen, den Nachweis zu führen, dass seine Vormerkung auf Grund einer thatsächlich bestehenden Verpflichtung zur Bewilligung seitens des Belasteten eingetragen ist. Analog ist dem Berechtigten auch die sogenannte Gefährdungsklage aus § 1134 B.G.B. im Falle einer drohenden Verschlechterung des Grundstücks zu geben.[2])

XVI. Im Sinne des § 1128 B.G.B.[3]) ist der Vormerkungsberechtigte im Falle der Fälligkeit einer Versicherungssumme als Hypothekengläubiger anzusehen; demgemäss muss er vom Versicherer oder Versicherten über den Eintritt des Schadens unterrichtet werden, die Auszahlung der Versicherungssumme darf erst nach Monatsfrist nach erfolgter Anzeige geschehen.[4]) Die Gegner müssen dem aus der vorgemerkten Hypothek Berechtigten den Schutz des § 1128 B.G.B. versagen. Der Berechtigte ist somit bei dieser Rechtsauffassung fortwährend der Gefahr ausgesetzt, allerdings nicht sein Recht, aber sein Ka-

[1]) Gesetz-Sammlung S. 367.

[2]) Dieser Ansicht ist auch Fuchs a. a. O. S. 115 Ziff. 9, bb, a. Ferner Dernburg a. a. O. II, § 236 Ziff. 3 S. 659; anderer Ansicht ihrer Konstruktion entsprechend Biermann a.a.O. S. 196 und Turnau I. Bem. 4 c zu § 883 S. 156. Nach Weigelt a. a. O. S. 61 Ziff. c, I ist diese Frage im Gesetze nicht entschieden.

[3]) § 1128: „Ist ein Gebäude versichert, so kann der Versicherer die Versicherungssumme mit Wirkung gegen die Hypothekengläubiger an den Versicherten erst zahlen, wenn er oder der Versicherte den Eintritt des Schadens dem Hypothekengläubiger angezeigt hat und seit dem Empfange der Anzeige ein Monat verstrichen ist. Der Hypothekengläubiger kann bis zum Ablauf der Frist dem Versicherer gegenüber der Zahlung widersprechen. Die Anzeige darf unterbleiben, wenn sie unthunlich ist; in diesem Falle wird der Monat von dem Zeitpunkte an berechnet, in welchem die Versicherungssumme fällig wird".

[4]) Biermann verneint das konsequenterweise.

pital vollständig zu verlieren. Ob das dem Zwecke dieses Sicherungsinstitutes entspricht?

XVII. Ist dem Eigentümer einer Sache nach Massgabe der §§ 14, 16 des Gesetzes über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden vom 13. II. 1875[1]) oder des Gesetzes über die Kriegsleistungen vom 13. VI. 1873[2]) oder der Gewerbeordnung vom 26. VII. 1897 § 51 wegen Entziehung, Beschränkung oder Benutzung der Sache eine Entschädigung zu gewähren, so finden hierauf gemäss Art. 53 E.G. B.G.B. die Vorschriften des § 1128 B.G.B. entsprechende Anwendung. Es ist also hier ebenfalls der Vormerkungsberechtigte in der Lage, innerhalb der gesetzlichen Frist von einem Monat Widerspruch zu erheben.[3])

§ 18.

XVIII. Biermann wirft die bei der Terminologie des Gesetzes sehr berechtigte Frage auf, ob die für Verfügungen geltenden Vorschriften auf die Vormerkung Anwendung finden sollen oder nicht. Die Entscheidung dieser Frage hängt naturgemäss von der Vorfrage ab, welche Rechtsgeschäfte als Verfügungen anzusehen sind. Biermann sagt:[4]) „Es muss sich um Rechtsgeschäfte handeln, durch welche unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird. Den Gegensatz zu der Verfügung bilden solche Rechtsgeschäfte, durch welche nur obligatorische Verpflichtungen erzeugt werden“. In dieser Definition Biermanns[5]) ist das wichtigste Wort, nämlich „unmittelbar“ nicht einwandfrei, da infolge der Bucheinrichtung der Parteien eine unmittelbare Einwirkung auf die betreffenden Werte meist versagt ist. Zutreffender würde es daher m. E. sein, zu sagen: Verfügungen sind diejenigen Rechtsgeschäfte, welche ohne Vermittelung eines weiteren Rechtsgeschäftes die Begründung, Übertragung, Änderung, Aufhebung

---

[1]) R.G.Bl. S. 62.

[2]) R.G.Bl. S. 129.

[3]) Bezüglich der gegnerischen Ansichten und ihrer Konsequenzen vgl. auch oben S. 102.

[4]) a. a. O. S. 193.

[5]) Vgl. auch Planck a. a. O. Bd. I, S. 148.

eines Rechtes bewirken.[1]) Zweifellos ist hiernach aber die Bewilligung einer Vormerkung vom Standpunkte unserer Konstruktion als Verfügung anzusehen. Biermann giebt das auch zu.[2]) Ebenso unzweifelhaft ist aber, dass bei der Konstruktion der Gegner die Bewilligung der Vormerkung nicht diese Bedeutung haben kann. Biermann sagt selbst:[3]) „Vom Standpunkte der hier vertretenen Konstruktion aus ist die Verfügungsnatur der Vormerkung zweifelhaft". Biermann findet sogar im Gegenteil Bedenken, die Vormerkung als Verfügung anzusehen. Weiterhin sagt er:[4]) „Nach § 1395 bedarf die Frau zur Verfügung über eingebrachtes Gut der Einwilligung des Mannes. Indessen genügt auch nachträgliche Genehmigung desselben, vorausgesetzt, dass es sich nicht um eine Verfügung durch einseitiges Rechtsgeschäft der Frau handelt (§ 1398). Aber auch Rechtsgeschäfte, durch die sich die Frau zu einer Leistung verpflichtet, bedürfen der Zustimmung des Mannes, wenn sie in Ansehung des eingebrachten Gutes ihm gegenüber wirksam sein sollen (§ 1399). Hier hat die Frage, ob die Vormerkung als Verfügung zu behandeln ist, Bedeutung. Denn wenn man die Bewilligung, auf Grund deren die Eintragung der Vormerkung erfolgt, als einseitige Erklärung auffasst, so würde sie als Verfügung ohne Einwilligung des Mannes unwirksam sein, als Nicht-Verfügung bei jeder Zustimmung des Mannes in Ansehung des eingebrachten Gutes ihm gegenüber wirken. Indessen möchte gerade dieses Resultat, wonach die Eintragung einer Vormerkung unter strengeren Vorschriften stehen würde als diejenigen eines endgültigen Rechtes, gegen die Behandlung der Vormerkung als Verfügung sprechen".

Zu diesem Ergebnis kann aber Biermann nur gelangen, wenn er diejenigen Verfügungen, die zur Eintragung einer definitiven Eintragung führen, als solche ansieht, die unter den

---

[1]) Bei dieser Formulierung würden auch die bedingten Rechtsgeschäfte unbedenklich als Verfügungen angesehen werden, während bei der üblichen Definition der Verfügung dasselbe nicht möglich ist.

[2]) a. a. O. S. 192 zu Note 18.

[3]) a. a. O. S. 192.

[4]) a. a. O. S. 194 Ziff. 3.

Thatbestand des § 1399 Abs. 1 B.G.B. fallen.[1]) Entsteht dann aber durch die Einigung des § 873 eine Verpflichtung zu einer Leistung?[2]) § 1399 handelt nur von obligatorischen Geschäften, allerdings auch dann, wenn die Leistung, zu der sich die Frau verpflichtet, eine Verfügung über das eingebrachte Gut bezweckt.[3]) Aber die Bewilligung des § 885 entspricht nicht dem obligatorischen Geschäft, sondern der Einigung des § 873. Beides fällt nicht unter § 1399 Abs. 1 B.G.B. Das Bedenken Biermanns gegen die Behandlung der Vormerkung — besser: der Bewilligung einer Vormerkung — als Verfügung verliert somit seinen Untergrund.

Obschon man nun aber der Einwilligung des § 885 oder, wie Biermann[4]) sich ausdrückt, der Vormerkung selbst, die Eigenschaft als Verfügung versagen zu müssen glaubte, meint er doch: „dass sich doch die Ansicht nicht vertreten lasse, dass die für die Verfügung geltenden Rechtssätze auf die Vormerkung überhaupt keine Anwendung finden". Es fragt sich aber nun, wie will Biermann letzteren Satz begründen? Soll er sich aus seiner Konstruktion ergeben oder sonst wie seine Stütze finden? Das Gesetz stellt bezüglich einer Reihe von Verfügungen den Satz auf, dass dieselben unter gewissen Voraussetzungen unwirksam sind. Biermann begründet die Anwendung dieser Vorschriften in folgender Weise:[5]) „Es ist unbedenklich, diese Bestimmungen auch auf die Eintragung von Vormerkungen zu erstrecken; denn wenn auch die Vormerkung hier keine Verfügung ist, so bereitet sie doch eine Verfügung vor. Ihr Zweck besteht ausschliesslich darin, eine Verfügung zu ermöglichen. Eine Verfügung aber, die unwirksam wäre, zu ermöglichen, wäre zwecklos. Es ist daher zum mindesten ein abgekürztes Verfahren, die Vorbereitung der Verfügung

[1]) § 1399, 1: „Zu Rechtsgeschäften, durch die sich die Frau zu einer Leistung verpflichtet, ist die Zustimmung des Mannes nicht erforderlich".

[2]) Vgl. dazu Planck a. a. O. Bd. III, S. 76 Anm. 6.

[3]) Planck a. a. O. Bd. IV, S. 147 Anm. zu § 1399.

[4]) a. a. O. S. 193.

[5]) a. a. O. S. 193.

nicht erst zuzulassen, d. h. schon die Vormerkung für unwirksam zu erklären". Diese Argumentation scheint mir einwandfrei zu sein, doch dürfte sie nur soviel beweisen, dass das, was das Gesetz über die Unwirksamkeit von Verfügungen sagt, auch bezüglich der Rechtsvorgänge gelten muss, die eine Verfügung sichern sollen. Weiter beweist diese Argumentation aber auch nichts. Sie beweist deshalb nicht, dass alles, was das Gesetz von der Verfügung aussagt, auch von vorbereitenden Rechtsvorgängen gelten muss. Wenn daher Biermann sagt:[1]) „Unbedenklich wird man auch die §§ 185, 499, 1189 B.G.B. auf die Eintragung von Vormerkungen erstrecken müssen", so findet das in der vorhergehenden Argumentation gar keine Stütze. Stellt man sich dagegen auf den Standpunkt unserer Konstruktion, so ergiebt sich die Anwendbarkeit auch dieser Vorschriften von selbst.

XIX. Nach § 2365 ff. B.G.B. gilt zu Gunsten desjenigen, der von jemandem, der in einem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, durch Rechtsgeschäft einen Erbschaftsgegenstand, ein Recht an einem solchen Gegenstande etc. erwirbt, nach Analogie des Grundbuches der Erbschein als richtig. Dasselbe gilt nach unserer Konstruktion für den Vormerkungsberechtigten, d. h. denjenigen, für den eine Vormerkung an einem Erbschaftsgegenstande eingetragen wird.[2])

XX. Überflüssig ist meines Erachtens der § 14 Abs. 2 K.O.:

„In Ansehung der zur Konkursmasse gehörigen Grundstücke sowie der für den Gemeinschuldner eingetragenen Rechte an Grundstücken oder an eingetragenen Rechten kann während der Dauer des Konkursverfahrens eine Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger nicht eingetragen werden. Das Gleiche gilt von der Eintragung einer Vormerkung in Ansehung eines Schiffspfandrechts". Denn was hier gesagt wird, fällt nach unserer Auffassung schon unter die Vorschrift des § 15 K.O. Man hätte zudem viele Irrtümer vermieden — wenn

[1]) a. a. O. S. 194 Ziff. 2.

[2]) Anderer Ansicht u. a. Biermann a. a. O. S. 195 Ziff. IV no. 4.

man eine solche Bestimmung nicht aufgenommen hätte —, die bei der unklaren Fassung des § 14 Abs. 2 sich ergeben müssen und in der bisherigen Litteratur schon zu grossen Meinungsverschiedenheiten geführt haben. Fuchs [1]) sucht z. B. eine solche Auffassung zu vertreten, die infolge der unklaren Fassung möglich ist: eine auf Grund des § 895 C.P.O. ergangene Vormerkung falle nicht unter diesen § 14, lediglich die Zwangsvormerkung. Dass eine solch verschiedenartige Behandlung auffallend ist, giebt Fuchs allerdings zu, er beugt sich aber dem Buchstaben des Gesetzes, ohne weiter einen Versuch zur Erklärung der Vorschrift zu machen. Jaeger hat sich, wie wir oben sahen, [2]) so aus der Sache zu ziehen gesucht, dass er nun auch noch die Vormerkung auf Grund des § 895 C.P.O. unter die Bestimmung des § 14 K.O. Abs. 2 bringt. [3]) Beide Erklärungsarten schaffen, zumal vom Standpunkte ihrer Verfasser aus, keine Klarheit über die anscheinende Divergenz zwischen dem Wesen und der Wirkung der Vormerkung in den übrigen Vorschriften des Gesetzes. Nur so ist diese Vorschrift mit dem im übrigen in diesem Gesetze der Vormerkung bezw. dem vorgemerkten Rechte beigelegten Charakter in Einklang zu bringen, wenn man als selbstverständlich annimmt, dass der letzte Satz des § 15 K.O. auch für vorgemerkte Rechte gilt: „Die Vorschriften der §§ 878, 892, 893 und 1260 Abs. 1 B.G.B. bleiben unberührt!“, der § 14 Abs. 2 nur der übliche Zusatz zu dem § 15 K.O. wie z. B. im § 439 B.G.B. ist. Es kann nur heissen sollen, wenn eine einstweilige Verfügung zwar ergangen ist, aber noch nicht dem Grundbuchamte vorliegt, dann gilt das Gesetz wie im § 15 K.O. Dies entspricht auch vollständig unserer Konstruktion.

XXI. Von unserem Standpunkte aus trifft der § 17 K.O. auf vorgemerkte Rechte nicht zu, dem Konkursverwalter kann kein eventuelles Rücktrittsrecht zugestanden werden; denn, was gegen den Konkursverwalter, z. B. im § 24 K.O. wirkt, ist nach unserer Auffassung das Sachenrecht selbst. Fasst man mit

---

[1]) a. a. O. S. 133 f. Ziff. 8.

[2]) Vgl. S. 48.

[3]) a. a. O. S. 120 zu § 14 Anm. 32.

Biermann[1]) die Vorschrift des § 24 K.O. so auf, dass der obligatorische Anspruch, den der Berechtigte gegen den Gemeinschuldner hatte, nunmehr gegen den Konkursverwalter geht, oder mit Planck und anderen, dass der § 24 K.O. lediglich ein ius singulare ist, dann muss man mangels einer Vorschrift, die die Anwendbarkeit des § 17 K.O. auf vorgemerkte Rechte ausschliesst, dem Konkursverwalter das Rücktrittsrecht zugestehen. Nur Strecker[2]) und Oberneck[3]) sind konsequent genug, diesen Schluss zu ziehen, alle anderen, insbesondere Planck,[4]) stehen, obschon sich das, wie wir oben sahen, mit ihrer Auffassung durchaus nicht vereinbaren lässt, auf meinem Standpunkt, indem sie zugeben, dass sonst der Zweck des Institutes nicht erfüllt werde. Ebenso Weigelt[5]) und Biermann,[6]) der damit seine gegenteilige, in seinem „Sachenrecht" [7]) vorgebrachte Ansicht fallen lässt. Derselben Meinung, und zwar nach ihrer Auffassung mit Recht sind meiner Ansicht nach Jaeger[8]) und Fuchs.[9])

XXII. Ist im Grundbuche eine Auflassungsvormerkung eingetragen, so ist darin ein nach Massgabe des § 28 Zw.V.G. vom 24. März 1897 der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht zu sehen, da ja das Eigentum bereits für den Berechtigten besteht infolge der Eintragung der Vormerkung. Dieser Ansicht ist auch Strecker,[10]) allerdings nur dann, wenn das Recht, auf Grund dessen die Zwangsvollstreckung betrieben wird, erst nach der Vormerkung eingetragen ist. Eine solche Auffassung wird ganz entschieden von der herrschenden Meinung bestritten, vor allem Planck,[11]) Turnau,[12]) Biermann.[13]) Dagegen vertritt

---

[1]) a. a. O. S. 170.
[2]) a. a. O. S. 115, 116.
[3]) a. a. O. § 48 S. 258 Ziff. 7 Anm. 25.
[4]) a. a. O. III, S. 101 Ziff. I, 1 zu § 888.
[5]) a. a. O. S. 20 Ziff. II Abs. 3.
[6]) a. a. O. S. 164 Ziff. IV.
[7]) a. a. O. S. 37.
[8]) a. a. O. S. 151 zu § 17 Anm. 53.
[9]) a. a. O. S. 118 Ziff. 13, aa.
[10]) a. a. O. S. 116 ff.
[11]) a. a. O. III, S. 96 Ziff. 3 c.
[12]) a. a. O. Bd. I, S. 328 f.
[13]) a. a. O. S. 198.

Endemann[1]) schlechthin meine oben dargelegte Auffassung, obschon er auf Grund seiner Konstruktion zu diesem Resultate nicht hätte gelangen dürfen. Fuchs[2]) musste — die Auflassungsvormerkung als dingliche Belastung ansehend — allerdings die Frage, ob die Vormerkung auf Auflassung ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht ist, verneinen. Leider giebt er, oder vielmehr konnte er eine befriedigende Erklärung, wie er nun trotzdem die Auflassungsvormerkung ihren Zweck erreichen lassen will, nicht geben. Merkwürdig wäre es doch mindestens, dass man gerade die Vormerkung auf Auflassung formell schlechter stellte, als die anderen vorgemerkten Rechte, die im § 48 Zw.V.G. bei Feststellung des geringsten Gebotes eingetragenen Rechten gleichgestellt werden. Auf weitere Bedenken habe ich bereits oben[3]) bei Planck hingewiesen. Dass der § 67 Zw.V.G. sich auch auf die vorgemerkten Rechte erstreckt, erkennt man allerseits unbedenklich an,[4]) ebenso hinsichtlich des § 184 Zw.V.G. In den beiden letzteren Vorschriften ist von Rechten und zwar Sachenrechten die Rede. Erkennt man aber das einmal an und leugnet dann, dass die Vormerkung auf Auflassung ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht sei, so ist das inkonsequent. Es liegt absolut keine Veranlassung vor, erst die Zwangsvollstreckung zustande kommen zu lassen und dann, wenn der vorgemerkte Anspruch liquide gestellt wird, den Gläubiger auf den langwierigen Weg des § 888 zu verweisen, insbesondere, wenn man bedenkt, dass den anderen vorgemerkten Rechten durch die §§ 48, 67, 184 Zw.V.G. unmittelbare Teilnahme am Verfahren durch das Gesetz gewährt ist.[5])

---

[1]) a. a. O. II, 1, S. 253.

[2]) a. a. O. S. 116 Ziff. 10, ββ.

[3]) Vgl. oben S. 30.

[4]) Insbesondere Biermann a. a. O. S. 200.

[5]) Ein wichtiges Moment tritt noch hinzu, um meine Ansicht zu unterstützen. Nach den Motiven (S. 113 ff., 169, 175) und der Denkschrift zum Zw.V.G. S. 97 (vgl. auch Henle, Zw.V.G. § 52 Anm. 1) ist unter „Rechte bleiben insoweit bestehen . . .“ (§ 52 Zw.V.G.) auch vorgemerktes Recht zu verstehen. Man hatte allerdings die ursprüngliche Fassung (§ 66 I. Entw.): „Ein Recht an einem Grundstück“ gekürzt in „ein Recht“, um die vorgemerkten Rechte mit einbegreifen zu können, um nicht ipsis verbis vor-

XXIII. Bezüglich des § 110 C.P.O. Ziff. 5: „Ausländer, welche als Kläger auftreten, haben dem Beklagten auf dessen Verlangen wegen der Prozesskosten Sicherheit zu leisten.

Diese Verpflichtung tritt nicht ein:

5. Bei Klagen aus Rechten, welche im Grundbuche eingetragen sind.", gilt dasselbe auch für den, zu dessen Gunsten eine Vormerkung im Grundbuche eingetragen ist.[1])

XXIV. Das vorgemerkte Recht fällt meiner Auffassung entsprechend unter die Bestimmungen der lex rei sitae Artikel 11 Abs. 2 E.G. B.G.B.: „die Form eines Rechtsgeschäftes bestimmt sich nach den Gesetzen, welche für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis massgebend sind. Es genügt jedoch die Beobachtung der Gesetze des Ortes, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird.

Die Vorschrift des Abs. 1 Satz 2 findet keine Anwendung auf ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht an einer Sache begründet oder über ein solches Recht verfügt wird". Das lässt sich auch am besten an einem Beispiel illustrieren: Wenn z. B. ein Student P aus Breslau während seines Studienaufenthaltes in Genf von seinem ebendort studierenden Freunde O 500 M. entleiht und ihm zur Sicherung eine Hypothek an seinem Grundstücke in Breslau — seine Eltern sind früh gestorben und er jetzt schon Eigentümer des elterlichen Hauses — bewilligen will, es aber plötzlich durch irgendwelche Zwischenfälle ihm nur möglich ist, eine schriftliche, eigenhändig unterschriebene Einwilligungs-Erklärung zur Eintragung einer Vormerkung dem O zu übergeben. Nach Artikel 11 des E.G. B.G.B. genügt die Anwendung der Gesetze des Ortes bezüglich der Form, an dem das Rechtsgeschäft abgeschlossen wird. Nehmen wir an, nach der Genfer cantonalen Gesetzgebung sei diese also ausgefertigte Urkunde geradeso

gemerkte Rechte mit Grundstücksrechten identifizieren zu müssen. Thatsächlich ändert das nichts an der Sache, da, wenn einmal zugegeben ist, „der vorgemerkte Anspruch ist ein Recht", der Folgeschritt, „. . . ist ein Sachenrecht" auf der Hand liegt.

[1]) Anderer Ansicht Biermann a. a. O. S. 197 Ziff. VI. Bemerkenswert, dass B. die sachliche Begründung in der Kommissionsberatung für unzureichend erklärt, es trotzdem aber unterlässt, eine bessere Begründung zu geben.

anzusehen, als wie eine in Deutschland öffentlich beglaubigte oder öffentliche Urkunde. Dann müsste nach der Auffassung aller derer, die das vorgemerkte Recht nicht als das Sachenrecht selbst ansehen, dieses einfache in Genf unterschriebene Dokument genügen, um von dem Grundbuchamte zu Breslau Eintragung einer entsprechenden Vormerkung zu bekommen. Das steht nun aber in offenbarem Widerspruch zum § 29 G.B.O., der ausdrücklich öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden als Voraussetzung der Eintragung verlangt.

XXV. Ist eine Klage aus einer Vormerkung anhängig gemacht, so hat man die Sache im Sinne der §§ 265 ff. C.P.O. als im Streit befangene Sache anzusehen, weil sie ja mit dinglicher Klage verfolgt wird.[1])

XXVI. Nach Massgabe des § 1047 B.G.B. hat der Niessbraucher „diejenigen privatrechtlichen Lasten zu tragen, welche schon zur Zeit der Bestellung des Niessbrauches auf der Sache ruhten, insbesondere die Zinsen der Hypothekenforderungen und Grundschulden, sowie die auf Grund einer Rentenschuld zu entrichtenden Leistungen". Wir müssen hierzu auch die Zinsen aus derartigen vorgemerkten Rechten zählen, da durch Eintragung der Vormerkung das Sachenrecht bereits erzeugt, das Grundstück mit demselben schon belastet ist. Zweifelhaft hinsichtlich der Beantwortung dieser Frage ist Biermann,[2]) doch neigt er, wie es seiner Konstruktion entspricht, mehr zur gegenteiligen Ansicht hin. Die Frage, ob der Niessbraucher Zinsen aus vorgemerkten Rechten zu tragen habe, wird unbedingt verneint von Fuchs,[3]) mit der Begründung, dass die Vormerkung keine Belastung im Sinne des B.G.B. sei. Fuchs spricht damit, anscheinend ohne es zu bemerken, gegen seine eigenen Behaup-

[1]) Dieser Ansicht ist insbesondere Dernburg (a. a. O. Bd. III, S. 152 Ziff. 6 Anm. 10 zu § 51), ebenso Fuchs (a. a. O. S. 119 Ziff. 15, dd, α); dagegen konsequenterweise u. a. Biermann (a. a. O. S. 216). Für die frühere preussisch-rechtliche Vormerkung ist meine Ansicht u. a. vertreten in einer Entscheidung des V. Civilsenates des Reichsgerichts vom 17. Januar 1891 (a. a. O. Bd. XXVII, Nr. 57 S. 240): „Das Grundstück, auf welchem die Vormerkung ruht, sei eine im Streit befangene Sache". Die entgegenstehende Ansicht, heisst es in der R.G.-Entscheidung weiter, die in der Litteratur vertreten sei, sei nicht zu billigen.

[2]) Sachenrecht S. 150 Ziff. b zu § 1047.

[3]) a. a. O. S. 309 Ziff. 2 b zu § 1047.

tungen, denn er selbst hatte zuvor[1]) die Vormerkung „eine Belastung" genannt. Seiner Theorie entsprechend verneint unsere obige Frage auch Planck:[2]) „Nicht zu den privatrechtlichen Lasten, welche auf dem Grundstücke ruhen, gehören die Zinsen einer durch Vormerkung gesicherten Forderung, weil die Vormerkung eine dingliche Belastung des Grundstückes wenigstens in dem hier fraglichen Sinne nicht begründet".[3]) Dieselbe Ansicht vertritt offenbar auch Meisner in seinem „Sachenrecht".[4])

Warum man sich hartnäckig gegen diese Auffassung, wie ich sie eingangs des Absatzes entwickelt habe, sträubt, lässt sich wohl nur damit erklären, dass man sich möglichst an die Konsequenzen seiner eigenen Konstruktion zu halten versuchte. Thatsächlich wird das eine wie das andere Mal derselbe Erfolg erzielt. Wenn nämlich die Vormerkung, was Fuchs verlangt, umgeschrieben ist, so muss der Niessbraucher ohne weiteres die Zinsen nachbezahlen, da dann nach richtiger und herrschender Ansicht die Lage so ist, als wäre das Recht selbst schon zur Zeit und an derselben Stelle eingetragen, wie die Vormerkung. Jedenfalls ist der von unserer Konstruktion vorgezeichnete Weg der einfachere und auch wohl der zweckentsprechendere.

§ 19.

XXVII. Eine wichtige mittelbare Folge meiner Theorie ist, dass sie zu einer Konstruktion des dinglichen Vorkaufsrechtes führt, die allein mit der Stellung des Vorkaufsrechtes im III. Buche des B.G.B. vereinbar ist. Es liegt doch sehr nahe die Frage aufzuwerfen, ob mit gutem Grunde das B.G.B. das eingetragene Vorkaufsrecht unter den Sachenrechten aufführt. Planck[5]) hat offenbar die Berechtigung dieser Frage empfunden, wenn er schreibt: „Schwierigkeit macht die Verdinglichung des Vorkaufsrechtes". Planck selbst tröstet sich über diese Schwierigkeit hinweg, indem er fortfährt: „aber sie sind nicht unüber-

[1]) a. a. O. S. 113 Ziff. 8 b Abs. 3 zu § 883.

[2]) a. a. O. Bd. III, S. 351 Ziff. 2 c zu § 1047.

[3]) Im Gegensatz zu seinem verstorbenen Mitarbeiter Achilles scheint Planck der Vormerkung den Charakter einer dinglichen Belastung geben zu wollen, wenn er auch über die Art derselben noch schweigt.

[4]) a. a. O. S. 178 Bem. 2 zu § 1047.

[5]) a. a. O. Bd. III, S. 8.

windlich, wenn man beachtet, dass dieses Recht sich dergestalt mit seinem Gegenstande verbindet, dass, wenn der Fall eintritt, der Erwerb gegen jedermann gesichert ist". In der Sache bin ich durchaus mit Planck einverstanden, auch gegen seine Begründung habe ich nichts einzuwenden, wenn Planck ernstlich das in dieser Begründung beruhende Kriterium als ein allgemein gültiges anerkennen will. Thut er das nicht, dann kann er derselben natürlich überhaupt keine Folge entnehmen und ist also auch hier zu verwerfen. Andernfalls muss sein Kriterium auch stets da Anwendung finden, wo sein Thatbestand gegeben ist. Nun meine ich aber, was hier Planck vom dinglichen Vorkaufsrecht sagt, trifft in weit höherem Masse bezüglich der vorgemerkten Rechte zu: „das Recht verbindet sich sicher dergestalt mit seinem Gegenstand, dass, wenn der Fall eintritt, der Erwerb gegen jedermann gesichert ist".

Thatsächlich besteht denn auch zwischen der Eintragung der Vormerkung und des Vorkaufsrechtes der Wirkung nach eine derartige Übereinstimmung, dass, wer das Vorkaufsrecht — natürlich das eintragungsfähige — als dingliches Recht anerkennt, auch das vorgemerkte Recht als dingliches Recht anerkennen muss; dass dagegen der, welcher dem vorgemerkten Recht diesen Charakter abspricht, das auch beim Vorkaufsrecht thun muss; denn § 1098 Abs. 2: „Dritten gegenüber hat das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruches auf Übertragung des Eigentums". Planck müsste daher entweder sich zu unserer Konstruktion der Vormerkung bekennen, oder aber behaupten, dass das Vorkaufsrecht kein Sachenrecht, sondern nur ein „formelles Sicherungsmittel dinglicher Natur" sei.

Die Redaktion des Gesetzes verleitet jedoch auch hier wieder zu einer schiefen Fragestellung. Auch hier darf nicht nach dem Wesen des Vorkaufsrechtes gefragt werden, das ist und bleibt ein obligatorisches Recht. Gefragt werden muss nach der Wirkung der Eintragung des Vorkaufsrechtes im Grundbuch. Und hierauf ist auf Grund unserer Konstruktion von der Wirkung der Vormerkung und gemäss § 1098 Abs. 2 B.G.B. zu antworten: durch Eintragung des Vorkaufsrechtes erlangt der Berechtigte suspensiv-bedingtes Eigentum. Die

potestative Suspensiv-Bedingung ist die Ausübung des Rechtes. Dagegen giebt es neben dem obligatorischen Vorkaufsrecht kein Sachenrecht, das diese besondere Bezeichnung verdient und mit dem ein Grundstück belastet werden könnte (§ 1094).

XXVIII. Dasselbe, was bisher von dem dinglichen Vorkaufsrechte oben gesagt ist, gilt auch von dem dinglichen Wiederkaufsrechte, das im Art. 29 A.G. B.G.B. nach Massgabe des Art. 62 E.G. B.G.B. für Rentengüter in Preussen zugelassen ist, und dessen Wirkungen im § 5 des Art. 29 A.G. Dritten gegenüber denen einer Vormerkung gleichgestellt wird.[1])

VI. Abschnitt.

Schlussbetrachtung.

§ 20.

Vorstehende Darstellung der Folgen unserer Konstruktion erhebt nicht den Anspruch, in erschöpfender Weise alle Fälle vorzuführen, in denen die Konstruktionsfrage praktische Bedeutung gewinnen kann. Eine derartige Darstellung zu geben, dürfte auch nicht einmal möglich sein, da sich alle die Thatbestände, in denen die Wirkungen der Eintragung einer Vormerkung erheblich werden, noch nicht übersehen lassen. Es kam mir nur darauf an, auf die wichtigsten durch die Gesetzgebung unmittelbar veranlassten Rechtsfragen, deren Entscheidung von der Lösung unseres Problems abhängt, eine Antwort zu geben.

Jedoch war auch bei letzteren Versuchen mein Endzweck lediglich der, einen weiteren, indirekten Beweis für die Richtigkeit meiner Konstruktion zu gewinnen. Und ich hoffe, dass mir auch dieser Beweis gelungen ist, indem ich gezeigt habe, dass die sich aus dieser Konstruktion ergebenden Konsequenzen stets zu Resultaten führten, die den praktischen Bedürfnissen durchaus entsprechen, ja vielfach denselben allein gerecht werden; während es den Gegnern oft unmöglich ist, den gleichen Rechtssatz aufzustellen, ohne sich mit ihrer eigenen Konstruktion in Widerspruch zu setzen.

Die Rechtswissenschaft hat aber meines Erachtens ihre Pflicht gethan, wenn sie die richtige Konstruktion gefunden und begründet hat. Dieselbe logisch auszubeuten, ist Sache der Praxis.

[1]) cf. Crusen u. Müller, desgl. Meisner a. a. O. S. 49 Bem. 4 z. §§ 883—885.

Litteratur-Nachweis.

1. Dernburg, Pandekten. 5. Aufl. Berlin 1896/97.
2. Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechts. Halle 1875.
3. Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens. III. Bd. Halle 1901.
4. Turnau u. Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den Ausführungsbestimmungen. I. Bd. (cit. unter Turnau). Paderborn 1900.
5. Meisner, Kommentar zum B.G.B. nebst E.G. III. Bd. Sachenrecht. Breslau 1901.
6. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, herausgegeben von Prof. Kipp. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.
7. Haidlen, B.G.B. nebst E.G. mit den Motiven und sonstigen gesetzgeb. Vorarbeiten. Stuttgart 1897.
8. Planck, Kommentar z. B.G.B. nebst E.G. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1898-1902.
9. Simeon, Reichsgrundbuchordnung. Berlin 1901.
10. Kommentar zum B.G.B. von v. Staudinger, Sachenrecht, erläutert von Kober. 1898.
11. Henle, Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 2. Aufl. München 1900.
12. Crusen u. Müller, Das preuss. Ausf.-Gesetz zum B.G.B. Berlin 1900.
13. Denkschrift zum B.G.B. Amtl. Ausgabe.
14. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entw. eines B.G.B. Im Auftrage des Reichsjustizamtes bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn (cit. unter K.P. II, Bd. III). Berlin 1899.
15. Motive zum Entw. eines B.G.B. Amtl. Ausgabe. Berlin 1888.
16. Mugdan, Die gesamten Materialien zum B.G.B. Berlin 1899.
17. von Gönner, Kommentar über das Hypothekengesetz für das Königr. Bayern. 2 Bde. München 1823.
18. Neigebaur, Sammlung der Verordnungen, die sich auf die preussische Hyp.-Ord. etc. beziehen. Hamm 1822.
19. Boehm, Das materielle u. formelle Reichsgrundbuchrecht. Hannover 1898.
20. Matthiass, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 3. Aufl. Berlin 1900.
21. Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes. 1895.

22. Stohbe, Handbnch des deutschen Privatrechts. 3. Aufl. Berlin 1896.
23. Biermann, Joh., Das Sachenrecht des B.G.B. (cit. unter Biermann, Sachenrecht). 1898.
24. Cosack, Lehrbnch des deutschen bürg. Rechts. II. Bd. 1. Aht. 3. Aufl. Jena 1901.
25. Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B. II. Bd. 1. Teil. 6. Aufl. Berlin 1900.
26. Enneccerus n. Lehmann, Das bürgerliche Recbt. 1898.
27. Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über Rechte an Grundstücken. 1898.
28. Männer, Das Recht der Grnndstücke nach dem B.G.B. nnd der G.B.O. für das deutsche Reich. 1899.
29. Jaeger, Kommentar zur Reichskonkursordnung. 1901.
30. Fuchs, Grundbnchrecht. Lief. 1—5. Berlin 1899-1901.
31. Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht und die preuss. Ausführungs- und Ergänzungs-Bestimmungen. Berlin 1900.
32. Borchardt, Die Vormerkung im heutigen gem. prenss. Immobiliarrecht. Diss. Berlin 1887.
33. Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts. I. Bd. Tübingen 1900.
34. Zitelmann, Intern. Privatrecht. 2 Bde. Leipzig 1898.
35. Biermann, Joh., Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbnchrecht (cit. nnter Biermann). Jena 1901.
36. Weigelt, Vormerkung und Widerspruch im deutschen Grundbuchrecht. Diss. Breslan 1901.
37. Klnmpp, Das deutsche Grundbuchrecht. Stuttgart 1898/99.
38. Koch, Kommentar znm prenss. Allg. Landrecht. Berlin u. Leipzig 1886.
39. Achilles, B.G.B. mit Anm. 1899.
40. Reichsgesetzblatt, cit. unter R.G.Bl.
41. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Ramdohr). Bd. XLIV.
42. Schilde, Die Unrichtigkeit des Grnndbnches nach nenem deutschen Reichsrecht. Diss. Leipzig 1899.

Buchdruckerei Maretzke & Märtin, Trebnitz in Schles.

Studien

zur

Erläuterung des bürgerlichen Rechts

herausgegeben

von

Dr. Rudolf Leonhard
ord. Professor der Rechte an der Universität Breslau

10. Heft

Die Persönlichkeitsrechte des römischen Iniuriensystems

Eine Vorstudie für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs

von

Dr. jur. et phil. Richard Maschke
Privatdocent der Rechte und Gerichtsassessor

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1903

Die Persönlichkeitsrechte

des

römischen Iniuriensystems

Eine Vorstudie für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs

von

Dr. jur. et phil. Richard Maschke
Privatdocent der Rechte und Gerichtsassessor

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1903

Vorrede.

Die vorliegende Abhandlung war ursprünglich als Theil einer Gesammtdarstellung der Persönlichkeitsrechte im heutigen Recht gedacht. Anderweitige Verpflichtungen haben die Fortführung der Arbeit über das römische Recht hinaus verhindert, und es erschien unthunlich, den jetzt vorliegenden Theil bis zu dem ungewissen Zeitpunkt der Aufnahme des ursprünglichen Planes noch länger zurückzuhalten. Das Manuscript wurde im Sommer 1900 abgeschlossen, der Druck Anfang 1901 beendet. Die spätere Literatur konnte nur noch ganz kurz in den Nachträgen berücksichtigt werden.

Eine Entwicklungsgeschichte des Iniuriensystems als rechts- und dogmengeschichtliche Grundlage für eine Theorie der Persönlichkeitsrechte wird heute vielleicht als Umweg erscheinen. Aber wenn nicht Alles täuscht, so hat die Erklärung des bürgerlichen Gesetzbuchs aus sich selbst und seinen unmittelbaren Vorarbeiten ihren Höhepunkt bereits überschritten. Der organische Zusammenhang unseres neuen Rechts mit dem alten in Theorie und Praxis scheint für die nächsten Generationen das Ziel jeder in die Tiefe dringenden Bemühung um das neue Recht zu sein. Bewährt sich dabei die Erfahrung, die man an einer Reihe bedeutsamer Monographieen zeitgenössischer Juristen machen kann, dass jeder Fortschritt in der Erkenntniss des älteren Rechts auch dem heutigen zu Gute kommt, dann wird auch das römische Recht die Stellung wieder gewinnen können, die es befähigt, über das lediglich antiquarische Interesse hinaus das Verständniss für wichtige Theile des geltenden Rechts zu vertiefen.

Königsberg, im August 1903.

Maschke.

Inhaltsverzeichniss.

§ 1.

Die Iniuria der XII Tafeln.[1]

Die Doppelnatur des Wortes Iniuria, das rein sprachlich zunächst Rechtswidrigkeit schlechthin bedeutet, daneben aber den Thatbestand eines concreten Delikts darstellt, hat schon den klassischen Juristen Schwierigkeiten gemacht, mit denen sie sich durch die Gegenüberstellung einer allgemeinen und besonderen Bedeutung des Wortes abzufinden suchten[2]. Wie die erstere im Verlaufe der geschichtlichen Entwickelung aus dem Deliktsbegriff hervorgegangen ist, wird an einer späteren Stelle dieser Abhandlung darzulegen versucht werden: für die Zeit der XII Tafeln darf davon ausgegangen werden, dass die damalige Iniuria einen wenn auch vielleicht ausgedehnten, so doch einigermassen abgegrenzten, concreten Deliktsthatbestand bezeichnet hat, der noch in das Aquilische Gesetz Eingang gefunden und erst unter dessen Einfluss eine Spaltung einerseits in das spätere Persönlichkeitsdelikt, anderseits in den Begriff der zurechenbaren Rechtswidrigkeit erfahren hat[3].

Die Abgrenzung dieses ältesten Iniurienbegriffs macht einen Blick auf das Straf- wie auf das Deliktsobligationenrecht der XII Tafeln nothwendig.

Wie jede Rechtsordnung unterscheidet das Recht der XII Tafeln zwischen dem Verbrechen und dem Civildelikt: das erstere

[1]) Huschke Gaius S. 118 ff. Pernice Labeo II[2] S. 22 f. v. Liszt Lehrbuch S. 320 ff. Landsberg, Iniuria und Beleidigung S. 29 ff. Mommsen, Röm. Strafrecht S. 784 ff.

[2]) L. 1 pr. D. de iniuriis et famosis libellis 47, 10 (Ulpian), Paulus in der Coll. 2, 5, 1.

[3]) Mommsen, Strafrecht S. 784 ff., 825 ff.

ist entweder gegen den Staat gerichtet, oder wird, wenn es dem Bürger gilt, als so schwer empfunden, dass das Gesetz in ihm den gegen die Gesammtgemeinde gerichteten Verstoss gegen das öffentliche Recht sieht und ahndet; das Civildelikt ist das Unrecht gegen den Bürger als solches, mag dadurch seine Person unmittelbar oder in ihrem Vermögen, also mittelbar, getroffen sein.

Als Verbrechen bestrafen die XII Tafeln neben Landesverrath und Mord die Brandstiftung von Häusern und daneben geschichtetem Getreide, den nächtlichen Getreide- wie den Tempel- und Gemeindediebstahl, das Abpflügen von Wegen sowie die Occentatio und das Verhexen von Früchten. Dem stehen als Civildelikte gegenüber Furtum und Iniuria. Erwägt man, dass der Diebstahl zu den von ursprünglichen Rechtsordnungen am frühesten berücksichtigten, weil am schwersten empfundenen Delikten gehört, dass am Beginn jeder Cultur, wie dies auch die Bestimmungen der XII Tafeln zeigen, das Eigenthum des Einzelnen schutzbedürftiger erscheint als seine Person, so könnte es nahe liegen, anzunehmen, dass in einer für uns vorgeschichtlichen Zeit das Furtum von dem allgemeinen Begriff Iniuria sich loslöste und als damals wichtigstes Civildelikt die relativ genaue Ausgestaltung erfuhr, die es schon in den XII Tafeln aufweist. Dann würde der ursprüngliche Begriff der Iniuria der des Civildelikts schlechthin sein, der durch Abzweigung des Furtum und später der Sachbeschädigung zu dem des Persönlichkeitsdelikts verengt wurde. Wenn ein stricter Nachweis für diese Vermuthung auch nicht zu erbringen ist, so lässt unsere Ueberlieferung der XII Tafeln eine Scheidung des Civildelikts in die unmittelbare und mittelbare Schädigung des Bürgers doch nur in soweit erkennen, dass die Vermögensbeschädigung durch Diebstahl ihre besondere Regelung erfahren hat.

Darüber hinaus haben wir abgesehen von zwei Bestimmungen, die sich selbst als solche über Iniurien bezeichnen, eine Anzahl von Normen, die wenigstens von den späteren Juristen, die sie uns überliefert haben, als Bestandtheile des ältesten Iniurienrechts bezeichnet werden.

Dieses Material vorzulegen und zu prüfen soll nun versucht werden.

Gaius behandelt am Schluss des dritten Buchs unter den

Deliktsobligationen zunächst Entwendung und Raub, dann das damnum iniuria datum, geht demnächst auf die reine Iniuria über und bemerkt nach kurzen Auseinandersetzungen über das geltende Recht:

Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum aut conlisum trecentorum assium poena erat tum, si libero os fractum erat; at si servo CL: propter ceteras vero iniurias XXV assium poena erat constituta [1]).

Dazu der doppelte Bericht von Paulus [2]): Iniuriarum actio aut legitima est aut honoraria. Legitima ex lege XII tabularum: qui iniuriam alteri faxit, quinque et viginti [3]) poena sunto. Quae lex generalis fuit; fuerunt et speciales, velut ille: manu fusti si os fregit, libero CCC, servo CL poena sunto

und [4])

> Iniuriarum actio aut lege aut more aut mixto iure introducta est. Lege XII tabularum de famosis carminibus membris ruptis et ossibus fractis.

Die das Talionsrecht enthaltende Bestimmung der XII Tafeln ist uns dem ungefähren Wortlaut nach durch Festus überliefert: talionis mentionem fieri in XII ait Verrius hoc modo: si membrum rupsit, ni cum eo pagit [5]), talio esto neque id quid significet indicat, puto quia notum est: permittit enim lex parem vindictam [6]).

Im Zusammenhang eines ausführlichen Gesprächs endlich über das Zwölftafelrecht zwischen dem Juristen S. Cäcilius und dem Philosophen Favorin citirt Gellius [7]) den Wortlaut der fraglichen Bestimmungen

> si iniuriam alteri faxit, viginti quinque aeris poenae sunto

[1]) Gaius 3, 223. cf. § 7 J. de iniuriis 4, 4.

[2]) Coll. 2, 5, 5.

[3]) Erläutert bei Festus S. 371 M.: viginti quinque poenae in XII significat viginti quinque asses. Danach ist der Münzfuss in den XII Tafeln als selbstverständlich fortgelassen worden, offenbar weil er überhaupt erst von den Decemvirn eingeführt war, vgl. Mommsen, Röm. Münzwesen S. 175 ff.

[4]) Sent. 5, 4, 6.

[5]) Mommsen S. 802. Die Ueberlieferung pacit.

[6]) Festus S. 363 M.

[7]) Gellius 20, 1, 12 und 14.

und

si membrum rupsit, ni cum e pacto, talio esto

und zwar, wie man bemerkt und wie zum Ueberfluss bei Gellius auch ausdrücklich gesagt wird, aus dem Gedächtniss.

Wenn angesichts dieses Quellenmaterials ohne Weiteres feststeht, dass der Rahmen der ältesten Iniuria im Wesentlichen durch das Delikt der Körperverletzung ausgefüllt war, so ist doch die Bedeutung der einschlägigen Bestimmungen im Einzelnen keineswegs ausser Zweifel.

Das Gesetz scheint zwischen der membri ruptio, auf die Talion gesetzt war, und der ossis fractio [1]), die mit Geld gesühnt wurde, zu unterscheiden. Danach würde für das erstere Delikt die Talion die einzige Strafe sein. Es fragt sich, auf welchem Wege sie vollzogen wurde, wenn der Verletzte — vielleicht gerade in Folge der Verletzung — dem Beschädiger körperlich unterlegen war. Die Bemerkung Catos: si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur [2]), würde diese Schwierigkeit auch dann nicht heben, wenn man sie auf Römische Zustände beziehen könnte [3]). Die Talion als einzige Sühne der membri ruptio lässt sich nur dann aufrecht erhalten, wenn man annimmt, dass ihre Durchführung von Amtswegen erzwungen wurde. Wenn aber das civile Executionsrecht noch der klassischen Zeit vor ungleich geringeren Eingriffen in die persönliche Freiheit des Beklagten zurückschreckte und aus diesem Grunde das formale Judikat selbst in der Eigenthumsklage auf das Interesse abstellte, so wird man sich schwer zu der Annahme entschliessen, dass die Obrigkeit der damaligen Zeit dem Kläger zur Verstümmelung seines Gegners den Büttel zur Verfügung stellte, während sie das noch einschneidendere in partes secare des zu einer Geldleistung Verurtheilten oder Geständigen der privaten Thätigkeit seiner Gläubiger überliess.

Nimmt man eine solche magistratische Hilfe aber nicht an, so bleibt nichts anderes übrig, als die von Cäcilius in dem bereits erwähnten Gespräch vertretene Auffassung, wonach an

[1]) Die Worte aut collisit scheinen auf späterer extensiver Interpretation zu beruhen.

[2]) Cato Orig. 4 S. 17 J. = Priscian 6, 13, 69.

[3]) Jordan. Proleg. S. 51. Mommsen S. 802 Anm. 2.

die Stelle der nicht ausführbaren Talion die Geldstrafe trat, schon für die Zeit der XII Tafeln in Anspruch zu nehmen[1]).

Kam es also bei Undurchführbarkeit der Talion doch zur Geldverurtheilung, so zeigt unsere Ueberlieferung an dieser Stelle eine schwerwiegende Lücke: die Geldtaxe für membri ruptio. Die Taxation hier dem freien arbitrium litis aestimandae zu überlassen, widerspricht dem Prinzip der festen Taxen, von denen die XII Tafeln bei der Körperverletzung ausgehen und das dann gerade in seinen wichtigsten Anwendungsfällen durchbrochen wäre. Unter diesen Umständen liegt es nahe, die Ausfüllung jener Lücke in den Bestimmungen über ossis fractio und in der Generalclausel zu suchen. Dann wäre membri ruptio allgemein jede Gliederbeschädigung und diese würde dem Verletzten zunächst ein Talionsrecht nach vorangegangenem Sühneversuch gegeben haben: konnte oder wollte er dieses Recht nicht realisiren, so erhielt er, falls die Beschädigung in einer Knochenverletzung (fractio oder collisio) bestand, 300 Ass, in geringeren Fällen 25 Ass, wobei es dahingestellt bleiben muss, ob unsere Ueberlieferung etwaige weitere Spezialtaxen übergangen hat.

Diese Combination hängt von der Auslegung der Worte membri ruptio ab. Seit den Tagen Rosshirt's[2]) werden diese als gänzliche Zerstörung eines Gliedes aufgefasst gegenüber dem Knochenbruch, der eine Heilung zuliess, und in der That musste jene als das schwerere Delikt betrachtet werden, so lange man nur in diesem einen Falle die Talion als gestattet ansah. Nun

---

[1]) Gellius 20, 1, 37. Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis probabilius esse existimas, nolo hoc ignores, hanc quoque ipsam talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. uam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat atque ita si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat. Die Interpunction nach Huschke Gaius S. 124. Die Worte redigi necessario solitam bei Gellius deuten darauf hin, dass es sich dabei um eine Combination des Juristen, nicht um eine directe Ueberlieferung handelt.

[2]) Geschichte und System des Deutschen Strafrechts 2 S. 232 unter Hinweis auf Analogieen aus anderen Rechten, die aber nicht erwähnt sind. Vgl. bes. Günther, Verbrechen der Körperverletzung S. 21 ff., 24 ff. Derselbe, Idee der Wiedervergeltung I S. 121 ff.

ist der Wortlaut der lex Aquilia in ihrem dritten Abschnitt: si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, . . . offensichtlich den Bestimmungen der XII Tafeln nachgebildet, und es wird sich die Interpretation und Casuistik in Ulpians Edictscommentar [1]) um so mehr zur Auslegung der Worte membri ruptio heranziehen lassen, als Ulpians Beispiele zum Theil auf wesentlich ältere Quellen zurückgehen. An die Spitze seiner Ausführungen stellt er den Satz: rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt: corruperit. Es folgen dann als Beispiele aus Celsus das Ausgiessen von Wein, seine Verwandlung in Essig, Ulpian selbst fügt die Verwundung hinzu vel virgis vel loris vel pugnis cecidit [vel telo vel quo alio ut scinderet alicui corpus] [2]) vel tumorem fecerit. Ferner siquis vestimenta sciderit vel inquinaverit, si frumentum effuderit in flumen, si frumento avenam immiscuit, wobei noch Celsus nur die actio in factum geben wollte. Nach Erörterung einer Controverse über das nummos de manu excutere werden zwei Beispiele von Brutus citirt: si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit und si mulum plus iusto oneraverit et aliquid membri ruperit.

Nach alledem ist in der römischen Rechtssprache das Wort rumpere = corrumpere ganz allgemein wie unser „verderben" [3]) gebraucht, sodass der Ausdruck die gänzliche Zerstörung, die Irreparabilität, zwar nicht ausschliesst, aber auch keineswegs nothwendig einschliesst. Dass corrumpere der allgemeine und übergeordnete Begriff für frangere und urere ist, spricht denn auch Celsus [4]) direct aus: non negat fractum et ustum contineri corrupti appellatione, sed non esse novum ut lex specialiter qui-

---

[1]) L. 27 § 13 ff. D. ad l. A. 9, 2.

[2]) So Mommsen.

[3]) z. B. ich habe ein Schloss an meinem Schreibtisch „verdorben" und musste es vom Schlosser repariren lassen. Danach dürfte auch die Glosse bei Festus (S. 265 M.) Rupsit in XII — überliefert ist rupitias XII — significat damnum dederit auf die membri ruptio zu beziehen sein, zumal die XII Tafeln zwischen ökonomischem und idealem Schaden nicht unterscheiden. Vgl. Mommsen im N. Rh. Mus. N. F. 15, 464; Pernice, Sachbeschädigung S. 177; Mommsen S. 12 ff.

[4]) L. 27 § 16 cit.

busdam enumeratis generale subiciat verbum, quo specialia complectatur, wozu Ulpian hinzufügt quod verum est.

Dem entspricht es, dass die ausführliche, anscheinend an diese Bestimmungen anknüpfende Darstellung des Arztes Celsus[1]) unter der Ueberschrift ossa vitiata et corrupta quibus signis cognoscantur et qua ratione curentur mit folgender Eintheilung beginnt:

> omne autem os, ubi iniuria accessit, aut vitiatur aut finditur aut frangitur aut foratur aut colliditur: id quod vitiatum est primo fere pingue fit; deinde vel nigrum vel coriosum etc.

Als vitiatio scheint Celsus diejenige Beschädigung anzusehen, die weder mit Zusammenhangstrennung noch mit Substanzverlust verbunden ist, z. B. durch einen Schlag mit stumpfer Gewalt, der eine Beule auftreibt: die anderen Verletzungen fasst er als corruptio zusammen. Jedenfalls ist es ausgeschlossen, dass er die corruptio ossis, die er als technischen Begriff überhaupt nicht verwendet, als unheilbare Verstümmelung angesehen hätte.

Wenn danach die Talion in den XII Tafeln bei jeder Körperverletzung zugelassen war, so lässt sich nicht verkennen, dass diese Einrichtung mit dem obligatorischen Sühneversuch und dem System der Redemtionstaxen wenig harmonirt. Wussten die Parteien, dass der Verletzte die Talion nicht werde erzwingen können, so war ein besonderer Spielraum für die Sühneverhandlungen nicht mehr gegeben. Der Thäter wusste genau, was er zu zahlen haben würde und hatte keine Veranlassung, mehr zu bieten: nur die Ungewissheit über die Absicht und Fähigkeit des Verletzten, das Talionsrecht zu erzwingen, konnte noch als Pressionsmittel benutzt werden. Das Recht der XII Tafeln stellt eben den Uebergang von der alten Blutrache und Selbsthilfe zum staatlichen Strafrecht dar. Das Verlangen des vorhergehenden Sühneversuchs war die erste Bresche in das auf die Dauer mit jedem geordneten Staatsleben unverträgliche System der Selbsthilfe. Der zweite und entscheidende Vorstoss der ge-

[1]) Celsus de med. 8, 2 S. 329 Daremberg. Celsus lebte zu Anfang der Kaiserzeit.

läuterten Rechtsidee war die Concurrenz der Talion mit dem ordentlichen Verfahren: beide Massregeln haben ineinandergreifend bewirkt, was sie bewirken sollten: die Abschaffung der Selbsthilfe.

Einen Ueberrest aus deren Herrschaft spiegelt endlich noch das Ritual der dinglichen Sakramentalklage wider, das in Kürze zu berühren, für das Verständniss der ältesten Iniuria wünschenswerth erscheint[1]). Nach beiderseitiger Eigenthumsbehauptung unter Anlegung der vindicta an die Sache als Symbol der Gewaltanwendung spricht der Kläger die Worte: Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris, worauf Beklagter antwortet: ius peregi sicut vindictam imposui. Kläger provozirt den Gegner nunmehr mit den Worten: quando tu iniuria vindicavisti D (oder L) aeris sacramento te provoco, die Beklagter darauf wörtlich oder inhaltlich wiederholt. Iniuria hier als Bezeichnung der Rechtswidrigkeit aufzufassen, wird man sich nicht entschliessen wollen: es ist nicht wahrscheinlich, dass die Zeit der XII Tafeln das Wort in seinem weitesten Umfange gebraucht haben sollte, während es in dem Gesetze selbst zur Bezeichnung einer bestimmten Deliktsgruppe dient. Versucht man aber den Ausdruck technisch zu erklären, so ergiebt sich Folgendes: Das geschilderte Ritual ist die symbolische Andeutung des Kampfes um die Sache, der früher real ausgefochten und jetzt durch die richterliche Entscheidung ersetzt wurde, und zwar eines Kampfes, der die rechtliche Form der Selbsthilfe annimmt. Es ist die Fiction eines gewaltsamen Vertreibungsversuchs zur Wiedererlangung der entrissenen Sache resp. der Abwehr gegen den Versuch der gewaltsamen Entziehung. Von den beiderseitigen Gewaltübungen ist diejenige straffrei, die zur Behauptung des Rechts geschah, also diejenige des Eigenthümers, während die andere unter Umständen den Thatbestand des späteren crimen vis erfüllt. Hienach stellt die Iniuria in der Verbindung iniuria vindicavisti die Anwendung von Gewalt dar, die gegen den Eigenthümer einer Sache begangen ist, um ihm diese zu entziehen und sie in die Gewalt des Thäters zu bringen. Dann erklärt es sich auch, dass man das Succumbenzgeld der

[1]) Gaius 4, 16. Die Litteratur bei Wach zu Keller § 14 n. 204 und 210. Dazu Bechmann Zur legis actio sacramento in rem. Die im Text vertretene Auffassung geht auf Göppert zurück.

sachfälligen Partei nach der Höhe des Objekts abstufte, wie bei Körperverletzung nach der Schwere der Beschädigung. Dabei kann nicht verkannt werden, dass wir in der Sakramentalklage wie in einem Theil des späteren Interdiktenrechts nur noch die symbolische Wiederspiegelung realer Gewaltanwendung vor uns haben; aber auch das wird für die Annahme ausreichen, dass zu der Zeit, wo die Formel geprägt wurde, jene Iniuria den gewaltsamen Angriff auf die Person bedeutete. Später ist die Bedeutung der Formel zweifellos abgeschwächt und zugleich verallgemeinert worden, und zwar in der Sphäre des Persönlichkeitsdelikts ebenso wie analog in der correspondirenden Sphäre der Sachbeschädigung. Was die Iniuria als mittelbare Verletzung der Person anlangt, so ist in der bereits citirten Darstellung von Gaius eine Bestimmung enthalten, die vom Standpunkt der XII Tafeln nur als Sachbeschädigung aufgefasst werden kann, ich meine die Knochenverletzung des Sklaven. Es wird kaum zweifelhaft erscheinen, dass die spätere Construction des entwickelten Rechts[1]), wonach die Iniuria gegen Gewaltunterworfene unter Umständen das Klagrecht des Gewaltherrn begründen kann, der Zeit der XII Tafeln nicht imputirt werden darf. Mag man als Grund jener Ausdehnung die Verletzung des Dispositionsrechts ansehen[2]) oder mag man darauf abstellen, dass der Gewaltherr ins Gerede kommt, wenn er sich seiner Schutzbefohlenen nicht annimmt, in jedem Falle ist klar, dass die sogenannte mittelbare Iniuria, die zunächst wohl an die Iniuriirung des Haussohnes und der Ehefrau angeknüpft hat, eine späte und künstliche Neuschöpfung der Theorie, das Resultat einer langen historischen Entwickelung ist.

Wenn wir so einen Fall der Sachbeschädigung von der Ueberlieferung selbst dem Iniuriensystem unterstellt finden, so wird es um so weniger Bedenken unterliegen, auch die Bestimmung über Sachbeschädigung an Bäumen: qui iniuria cecidisset, im Sinne der XII Tafeln dem Iniurienrecht zu unterstellen:

Fuit et arborum cura legibus priscis cautumque est XII

---

[1]) L. 1 § 3. l. 15 § 37 D. h. t. Vgl. Pernice S. 41; Huschke Gaius S. 160. Unten § 4.

[2]) Landsberg, Iniuria und Beleidigung S. 51.

tabulis ut qui iniuria cecidisset alienas lueret in singulas aeris XXV [1]).

Dann wäre dem Sinne nach zu übertragen: wer eine Iniuria dadurch begeht, dass er . . . . . . Die Strafe von 25 Ass entspricht der bereits erwähnten Generalclausel und auch das dürfte als unterstützendes Moment für die hier vertretene Auffassung in Betracht kommen.

Ueber die Stellung der XII Tafeln zu den sonstigen Formen der Sachbeschädigung sind wir nur wenig unterrichtet [2]). Es scheint, dass für die wichtigsten Fälle die criminelle Ahndung an Stelle des civilen Schutzes trat, so vor Allem bei der Brandstiftung und Brandbeschädigung von Häusern und daneben geschichtetem Getreide [3]). Die Tödtung von Ackerstieren wurde nach Varro von altersher als Capitalverbrechen angesehen [4]). Damit würde die Zahl der in der älteren Zeit wichtigsten Eigenthumsobjecte geschlossen sein: nur eine Bestimmung über die Tödtung von Sklaven wird in der uns erhaltenen Ueberlieferung vermisst. Wenn wir aus Varro entnehmen dürfen, dass in den XII Tafeln das bucidium als capital angesehen wurde, so würde daraus unbedenklich das Gleiche für den Sklavenmord zu folgern sein — nicht im Sinne einer erheblich späteren Zeit, die ihn als Morddelikt auffasste [5]), sondern als schwerste Sachbeschädigung mit Rücksicht auf die Wichtigkeit des Objects, die in jener Zeit für Sklaven und Ackerstiere gleich gross war. Damit wäre der Kreis der von der lex Aquilia umgrenzten Objecte im Wesentlichen geschlossen: für die ceterae res der Aquilia bliebe die Generalclausel si iniuriam faxit übrig. Das Prinzip des

[1]) Plinius, Nat. Hist. 17, 1, 7. Schwierigkeiten bereitet das Verhältniss dieser Klage zur prätorischen actio arborum furtim caesarum. Vgl. Lenel Edictum S. 268 f.; Pernice S. 19.

[2]) Pernice, Sachbeschädigung S. 1—11.

[3]) L. 9 D. de inc. 47, 9 (Gaius); die actio de pastu pecoris erwähnt Ulpian L. 14 § 3 D. de praescriptis verbis 29, 5.

[4]) Varro de r. r. II, 5, 4: ab hoc (bove aratore) antiqui manus ita abstineri voluerunt, ut capite sanxerint, si quis occidisset. Vgl. Columella de r. r. VI pr. § 7.

[5]) Mommsen S. 616 Anm. 3. Das Mordgesetz Numas soll ausdrücklich auf den Tod des Freien abgestellt haben (Festus S. 121 M.), und zweifellos war dies auch die Auffassung der XII Tafeln.

— einfachen oder erhöhten — Werthersatzes über die Fälle hinaus, in denen es erwähnt wird[1]), als allgemeines den XII Tafeln zu vindieiren, bietet die Ueberlieferung keinen Anhalt[2]): wahrscheinlich beschränkte es sich auf die Ausnahme- bezw. Grenzfälle der Sachbeschädigung, nämlich die Pauperies[3]), das Delikt des Sklaven und Haussohnes und die Beschädigung mit zweifelhafter Zurechenbarkeit[4]).

Um die bisherige Erörterung kurz zusammenzufassen:

Die Iniuria der XII Tafeln zerfällt in die unmittelbare Verletzung der Person, im Wesentlichen Körperverletzung und etwa noch Gewaltanwendung und in die mittelbare Verletzung der Person in ihrem Vermögen, nämlich Sachbeschädigung.

Erst die Ablösung der letzteren durch die lex Aquilia gestattete die Vertiefung des Persönlichkeitsdelikts, die dann dem prätorischen Edict verdankt wird.

Bevor dies darzustellen unternommen wird, erscheint das Eingehen auf ein bisher absichtlich übergangenes Problem nöthig, das angebliche Schmähgedicht der XII Tafeln, das im Folgenden als Zauberlied (Zauberformel) zu erweisen versucht werden soll.

§ 2.

Das Schmähgedicht in den XII Tafeln.

Die Occentatio als Criminalverbrechen könnte an sich in einer Darstellung des Iniuriensystems übergegangen werden: was dem im Wege steht, ist nicht sowohl die Zusammenstellung lege XII tabularum de famosis carminibus membris ruptis et ossibus fractis bei Paulus (5, 4, 6) als eine allgemeine Erwägung. Wenn das Recht der XII Tafeln die Beleidigung als Delikt nicht bloss

[1]) Bei der S. 10 Anm. 3 erwähnten Art der Brandbeschädigung und bei Erntediebstahl von impuberes.

[2]) Pernice, Sachbeschädigung S. 3 f. Ein argumentum e contrario liegt in der Bestrafung des Knochenbruches bei Sklaven.

[3]) Hierauf möchte ich Festus S. 322 M. beziehen: sarcito in XII Ser. Sulpicius ait significare damnum solvito, praestato. cf. L. 1 pr. D. si quadr. 9, 1. Ulpian.

[4]) Der Ausdruck ist absichtlich unbestimmt gewählt. Bei der Brandbeschädigung ist auch die schuldlose Begehung vom Gesetz einbegriffen.

kennt, sondern sie im Falle des Schmähliedes als Capitalverbrechen bestraft, so konnte davon der Begriff des Privatdelikts Iniuria nicht wohl unberührt bleiben: der Ausschluss der Beleidigung von der Iniuria wäre dann ebenso unverständlich wie die Annahme, dass ein Recht, das die poetische Beleidigung mit dem Tode bestraft, die prosaische ungesühnt lässt und nicht einmal der Civilklage unterwirft. Der sonst naheliegende Gedanke, hier eine Lücke der Ueberlieferung anzunehmen, wäre dann freilich angesichts der Darstellung von Gaius sowie aus inneren Gründen, die in dem vorigen Abschnitt dargelegt sind, undurchführbar, wie denn auch die moderne Theorie[1], so sehr sie in Einzelheiten auseinandergeht, in dem einen Punkt übereinstimmt, dass die Beleidigung abgesehen von der Occentatio unter der ältesten Iniuria nicht mit inbegriffen war.

So stossen wir bei der Auffassung der Occentatio als Schmählied von vorne herein auf ein Räthsel. Die zweite Schwierigkeit, um das vorwegzunehmen, liegt in der Existenz der Fescenninen, der Anfänge des italischen Dramas. Es ist schwer, sich die Entwicklung der römischen Comödie wie der Satura vorzustellen, wenn man annehmen muss, dass die ältesten Dichter wegen persönlicher Angriffe, die sie in ihre Dichtungen verflochten, die Todesstrafe zu riskiren hatten. Ja bei dem ursprünglich improvisatorischen Charakter und der allgemeinen Volksbetheiligung der Erntefeste drohte dieses Schicksal unter Umständen einer grossen Mehrzahl der Theilnehmer.

Indessen kann unsere Frage naturgemäss nicht durch allgemeine Erwägungen sondern nur durch genaue Prüfung der Ueberlieferung beantwortet werden, und dies zu thun schicke ich mich nunmehr an.

Die Occentatio der XII Tafeln wird als solche direkt erwähnt von Cicero und Festus, von dem ersteren in einer Scipio in den Mund gelegten Aeusserung in den Büchern vom Staat, die Augustin ad verbum excerpenda arbitratus mittheilt[2], nonnullis propter faciliorem intellectum vel praetermissis vel paululum commutatis. Ueber den Zusammenhang der Stelle kann kein

[1]) Landsberg a. a. O. S. 32; v. Liszt S. 321; Mommsen S. 786; Pernice S. 22.

[2]) De civitate Dei 2, 9.

Zweifel sein. Scipio führt aus, wie im Gegensatz zu der Praxis in Griechenland die römischen Lustspieldichter sich in der satirischen Behandlung der leitenden Staatsmänner eine weitgehende Zurückhaltung auferlegten: nostrae contra XII tabulae, cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt, si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri. Präclare. Iudiciis enim magistratuum, disceptationibus legitimis propositam vitam, non poetarum ingeniis habere debemus, nec probrum audire nisi ea lege, ut respondere liceat et iudicio defendere. Das Stichwort occentare erläutert dann Festus (S. 181 Müller): occentassint antiqui dicebant, quod nunc convicium fecerit dicimus, quod id clare et cum quodam canore fit, ut procul exaudiri possit; quod turpe habetur, quod non sine causa fieri putatur.

Dies der zunächst entscheidende Theil der Beweisstellen[1]. Von vorne herein ist klar, dass das Citat Scipios occentavisset sive carmen usw. in den XII Tafeln nicht wörtlich gestanden haben kann. Das Gesetz kann seine eigenen Worte nicht mit sive erläutert haben. Wir haben nur die Wahl zwischen occentavisset und den umschreibenden Worten, und diese Wahl kann auch abgesehen von Festus kaum zweifelhaft sein. In den XII Tafeln war demnach der Deliktsthatbestand mit dem Wort occentassit bezeichnet. Die umschreibenden Worte Ciceros wird man trotzdem nicht als dessen eigene Mache anzusehen haben. Die XII Tafeln waren Gegenstand des Schulunterrichts[2] und wurden eben deshalb und wegen ihrer practischen Wichtigkeit gerade in alter Zeit nicht blos sprachlich modernisirt sondern auch mit erklärenden Glossen versehen, von denen mehr als eine bei Festus und Anderen erhalten ist. Es ist deshalb nicht wahrscheinlich, dass Cicero, wenn er eine solche umschreibende Erklärung mittheilte, sie sich neu und ad hoc construirt haben sollte. Sie wird in den damals gangbaren Lehrbüchern gestanden haben.

Das Wort Occentare, um damit zu beginnen, kommt, von

---

[1]) Die anderen sind in § 7 besprochen.

[2]) Cic. de leg. 2, 23, 59: discebamus enim pueri XII ut carmen necessarium. Schoell, Proleg. S. 4 ff.

den citirten Stellen abgesehen, nur noch bei Plautus und Ammian vor.

Im Mercator macht der alte Demipho Charinus darauf aufmerksam, dass eine schöne Sklavin, die er mit allerlei Nebenabsichten gekauft hat und seiner Frau als Begleiterin aufdrängen will, sich zu dieser Rolle nicht eignen dürfte und erläutert das auf Charinus Frage mit den Worten

quia illa forma matrem familias
flagitium sit si sequatur; quando incedet per vias,
contemplent, conspicient omnes, nutent, nictent, sibilent,
vellicent, vocent, molesti sint; occentent ostium:
impleantur elegeorum meae fores carbonibus [1]).

Das ostium occentare, um ein Mädchen zu gewinnen, kehrt dann auch im Persa wieder. Dardalus will eine schöne Sklavin kaufen und, als Toxilus ihn darauf hinweist, wie nun alle Welt sich um seine Gunst bemühen werde, um dem zu begegnen, Niemanden in sein Haus lassen. Toxilus erwidert, dann solle er nur sein Haus mit eisernen Riegeln, Thüren und Schlössern verschliessen lassen; so gross werde der Andrang sein [2]):

Noctu occentabunt ostium
exurent fores.

Eine solche occentatio vor der Thüre finden wir dann endlich wörtlich im Curculio. Phädromus überlegt, wie er eine Sklavin Planesium, die sich im Besitz des Kupplers befindet, gewinnen könnte. Er kommt auf den Gedanken:

Quid? si adeam ad fores atque occentem? [3])

und führt ihn dann im Folgenden auch aus, indem er den Riegel vor dem Hause des Kupplers apostrophirt:

Pessuli, heus pessuli, vos saluto lubens
vos amo, vos volo, vos peto atque obsecro
gerite amanti mihi morem, amönissumi
fite causa mea ludii barbari
sussilite obsecro et mittite istanc foras,
quae mihi misero amanti ebibit sanguinem.

---

[1]) Plautus Mercator 2, 3, 70 ff. = 405 ff.
[2]) Persa 4, 4, 20 = 569.
[3]) Curculio 1, 2, 57 ff. = 145 ff.

hoc vide ut dormiunt pessuli pessumi
nec mea gratia commovent se ocius.
re spicio, nihili meam vos gratiam facere.

In diesem Moment öffnet sich die Thüre, und die Szene erhebt sich für einen Augenblick zu einer imposanten Höhe, als Planesium heraus tritt und sich an Phaedromus mit den Worten wendet:

Ubi tu es, qui me convadatu's Veneriis vadimoniis?[1])
sisto ego tibi me et mihi contra itidem ut sistas suadeo[2]).

Nicht minder endlich zeigt sich die auf den Liebeszauber hinweisende Bedeutung von Occentare in der letzten Stelle, in der wir das Wort bei Plautus nachweisen können, im Stichus. Der alte Antiphon legt seinen Schwiegersöhnen Pamphilippus und Epignomus, die von einer langen Reise unerwartet zurückgekehrt sind, in der Verkleidung eines Märchens, das er ihnen erzählt, seinen Wunsch nahe, sie möchten ihm eine schöne Sklavin, die sie mitgebracht, an Stelle der Töchter schenken,

---

[1]) Costa, Il diritto privato Romano nelle comedie di Plauto 1890 S. 449f. und dazu Bekker in der Zeitschrift der Savignystiftung Rom. Abth. III S. 53 ff., bes. 99 ff. — In Casina 4, 2, 9 = 806 wird suffundam zu lesen sein.

[2]) Das „Besingen" der Thüre findet sich auch bei Tibull:

Janua difficilis dominae, te verberet imber
Te Jovis imperio fulmina missa petant.
Janua, iam pateas uni mihi, victa querellis
Neu furtim verso cardine aperta sones.
Et mala si qua tibi dixit dementia nostra,
Ignoscas: capiti sint precor illa meo.
Te meminisse decet, qua plurima voce peregi
Supplice, cum posti florea serta darem.
— — — — — — — — — — — —
Hanc ego de coelo ducentem sidera vidi,
Fluminis haec rapidi carmine vertit iter
— — — —
Haec mihi composuit cantus, quis fallere posses.
Ter cane, ter dictis despue carmibus usw.

Tibull 1, 2, 7 ff. Vgl. Virgil Ecl. 8, 64 ff.; Properz 1, 16, 17 ff.; 3, 5; Horat. Sat. 1, 8; Juvenal 6, 609 ff.; Ovid. Ep. Her. 6. Amor. 1, 8. Das Vorbild aus der griechischen Litteratur ist die zweite Idylle Theocrits.

die er ihnen zu Gattinnen gegeben. Als er sich darauf entfernt hat, macht sich Pamphilippus zu seinem Schwager über den alten Sünder mit den Worten lustig[1]):

Graphicum mortalem Antiphonem: ut apologum fecit fabre.
Etiam nunc scelestus sese ducit pro adulescentulo.
Dabitur homini amica, noctu quae in lecto occentet senem:
Namque edepol aliud quidem illi quid amica opus sit nescio.

Der Plautinische Sprachgebrauch bietet nach alledem keinen Anhalt, Occentatio als Schmählied aufzufassen[2]): es ist das Singen d. h. das Hersagen von Liedern oder Sprüchen, die eine übernatürliche Wirkung ausüben, und zwar, wie die dargestellten Situationen es mit sich brachten, bei Plautus mit Beziehung auf den Liebeszauber. Dass dies nicht noch schärfer hervortritt, dass insbesondere die verschiedenen Manipulationen und die eigentlichen Beschwörungen der Götter fehlen, die man in diesem Zusammenhange erwarten könnte, findet seine Erklärung in dem Umstande, dass die scenische Vorführung dieser Dinge sicherlich auf religiöse Bedenken gestossen wäre und die Darstellung ihrer Natur nach ja bis zu einem gewissen Grade Carrikatur ist: die naturgetreuere Vorführung einer Beschwörung, als sie Plautus giebt, hätte den Lustspielton durchbrochen.

Ein mehr düsteres Gegenstück zu Plautus' Liebeszauber zeigt uns ein Bericht Ammians über unglückverheissende Vorbedeutungen in dem Kampfe Valentinians gegen die Quaden (30, 5, 16): apud Sirmium repentino fragore nubium fulmen excussum, palatii et curiae partem incendit et fori et apud Sabariam eodem adhuc constituto bubo culminibus regii lavacri insidens occentansque funebria nulla iacentium sagittas et lapides contemplabili dextera cadere potuit, certatim licet ardenti studio petebatur[3]).

---

[1]) Plautus Stichus 3, 5, 1 ff. = 569 ff.

[2]) Diese Uebertragung — vgl. Georges s. h. v. — ist, wie man ohne Weiteres bemerkt, an den ersten drei Stellen schlechterdings unmöglich. Es wäre auch mehr als seltsam, wenn die Liebhaber bei Plautus Schmählieder als Lockmittel angewandt hätten, um ihre Geliebte zu gewinnen.

[3]) Diese Bedeutung, unglückverheissender Gesang von Weissagevögeln oder das gleichbedeutende Pfeifen von Spitzmäusen, hat occinere in der Regel (Liv. 6, 41. 8; 10, 40. 14. Valer. Max. 1. 4. 2) — nur Ammian, der hie-

In diesem Zusammenhange darf auch erwähnt werden, dass die von demselben Stamme abgeleitete Wortbildung obcantare an den beiden Stellen, an denen sie sich nachweisen lässt, den Zauberbann direct bedeutet. Paulus erwähnt ad legem Corneliam die Bestimmung (5, 23, 15): qui sacra impia nocturnave, ut quem obcantarent, defigerent, obligarent, fecerint faciendave curaverint etc, und in Apuleius' Vertheidigungsrede[1]) gegen den Vorwurf der Zauberei wird die Pudentilla eine mulier obcautata veeors ameus amaus genannt.

Auf die zum Schaden eines Dritten geübte Zauberei, die wir bisher in dem Begriff occentare nicht nachweisen konnten, führt dann die bei Cicero mitgetheilte Paraphrase. Um diese zu erklären und gleichzeitig aufzuhellen, wie es möglich war, die Occentatio mit dem carmen quod infamiam faceret zu erläutern, muss etwas weiter ausgeholt werden.

Ueber die Beschädigung durch Zauberei im ältesten Rom[2]) sind wir begreiflicher Weise nur sehr spärlich unterrichtet. Das für die spätere Kaiserzeit[3]) überreich vorhandene Material lässt sich für die Zeit der älteren Republik nahezu überhaupt nicht verwerthen, weil die damaligen Zustände auf diesem Gebiet wesentlich erst durch das massenhafte Einströmen ausländischer insbesondere orientalischer und ägyptischer Gebräuche und Missbräuche in die Hauptstadt der Welt herbeigeführt sind. Immerhin führen schon diejenigen hierher gehörigen Bestimmungen der XII Tafeln, deren Auslegung keinem Zweifel unterliegt, auf ein hohes Alter der jenen Deliktsformen zu Grunde liegenden Anschauungen. Sowohl die Beschädigung wie der Diebstahl von Feldfrüchten durch Zauberei wird mit dem Tode bestraft und in dem ersteren Fall das Lied bezw. die Formel als Zaubermittel wenigstens

für occentare verwendet, braucht occinere zur Bezeichnung militärischer Signale (16, 12, 62; 31, 15, 13) und Apuleius (Flor. 13) für den Gesang der Vögel schlechthin (occinunt et occipiunt carmine) — und occentus stets (Plinius 8, 82, 3; Valer. Max. 1, 1, 5; Ammian 16, 8, 2). Die lautliche Abhängigkeit zwischen den drei Worten ist offenbar die, dass von occinere occentus und von occentus occentare gebildet ist.

[1]) Apol. 84 S. 102 v. d. Vliet.

[2]) Marquardt-Wissowa, Handbuch 3² S. 108 ff.; Pauly, Encyclopädie 1² S. 29 ff., 4 S. 1377 ff.; Mommsen S. 639 ff.

[3]) Codex Theodos. 9, 16 und dazu Gothofred.

indirect bezeichnet[1]), während Plinius daneben[2]) noch und also als davon verschieden die Zauberei durch malum carmen incantare in den XII Tafeln erwähnt. Es wird schon hiernach kaum eine andere Deutung für diese letztere Bestimmung übrig bleiben als: Verletzung der Person durch Zauberei resp. anzunehmen sein, dass damit zunächst die allgemeine Strafandrohung ausgesprochen war, von der die beiden erwähnten lediglich Spezialfälle bildeten. Bei so eingehender Berücksichtigung des Zauberdelikts in den XII Tafeln kann es nicht weiter auffallen, dass die Gesetzgebung mehrere Jahrhunderte hindurch keine Veranlassung zu ergänzenden Bestimmungen hatte. Erst als unter dem Einfluss des Auslandes neue Superstitionsformen aufkamen, trat die Nothwendigkeit ein, ihnen mit neuen Gesetzen zu begegnen. So finden wir denn erst zu Anfang des ersten vorchristlichen Jahrhunderts einen Senatsbeschluss gegen Menschenopfer, wie die Natur der Sache mehr noch als der verstümmelte Bericht bei Plinius[3]) zeigt, in Verbindung mit verbotenen Culthandlungen, und den gleichen Zusammenhang lässt die von Paulus erwähnte Gesetzesbestimmung erkennen, wonach die qualifizirte Todesstrafe auf diejenigen erstreckt worden ist, qui sacra impia nocturnave, ut quem obcantarent, defigerent obligarent, fecerint[4]), offenbar im Anschluss an eine extensive Auslegung des Sullanischen Giftmordgesetzes, an das überhaupt die spätere Entwicklung des Zauberdelikts anknüpft[5]). Wenn wir somit schon durch die die Zauberei betreffende Strafgesetzgebung auf ein relativ hohes Alter der diesen Deliktsformen zu Grunde liegenden Anschauungen geführt werden, so erwecken auch die Zauberlieder der klassischen Dichter[6]) keineswegs den Eindruck, dass die Uebel, die sie theils darstellen, theils bekämpfen, ausschliesslich auf soeben erst importirten ausländischen Gebräuchen beruhn. Auch die inschriftliche Ueberlieferung, die, wie über-

---

[1]) Plinius 28, 2, 10 ff. qui fruges excantassit. Seneca quaest. nat. 4, 7. Vgl. Bruns zu lex XII tab. 8, 8.

[2]) Plinius a. a. O. fährt fort: et alibi qui malum carmen incantassit.

[3]) Plinius 30, 3, 12.

[4]) Paulus 5, 24, 15.

[5]) L. 13 D. ad leg. C. 48, 8 Mommsen S. 640.

[6]) Oben S. 15 Anm. 2.

haupt für die republikanische Zeit unvergleichlich spärlicher als für die kaiserliche fliesst, lässt das Unwesen zumal der Defixionen[1]) als eine altitalische, nicht specifisch römische Verirrung erscheinen und zwingt schon damit zu der Annahme eines hohen Alters dieser Superstitionsformen.

Den Defixionen[1]) liegt die Vorstellung zu Grunde, dass man Jemanden an der Gesundheit und selbst am Leben schädigen kann, wenn man unter Anwendung entsprechender Ceremonien seinen Namen den Unterirdischen weiht. Meist wird er auf eine Tafel geschrieben und diese in den Boden vergraben oder ins Grab gelegt. Die Tafeln, meist Bleiplatten, enthalten neben dem Namen oft auch die Verwünschung selber, gewöhnlich eine Anrufung der unterirdischen Götter den Genannten zu verderben, zuweilen auch — und dies ist für uns wesentlich — auch den Grund, weshalb die Verwünschung ausgesprochen wird. Nicht selten wird die Tafel auch über der Erde und, wie wir annehmen müssen, an einem in die Augen fallenden Ort angebracht. Die bedingten Verwünschungen: X soll verderben, wenn er mir das Gestohlene nicht wiederbringt, waren offenbar darauf berechnet, von dem Thäter gelesen zu werden und als Pression zu wirken. Desgleichen hat die nämliche Wirkung auch die gesprochene Zauberformel, wenn sie von den nöthigen Ceremonien begleitet ist.

Aus dem massenhaften Material sollen hier einige characteristische Fälle mitgetheilt werden, und zwar zunächst Execrationen in oskischer Sprache — die ich nach der lateinischen Uebertragung der Herausgeber wiederhole — weil deren relativ hohes Alter keinem Zweifel unterworfen ist.

> Stenius Clumnius . . . | nec fari nec dicere possint. Lucius Octavius Novellum Velliam | nec dicere nec fari possit | nec monumentum neque ollam sibi velit[2]).

Eine Bleitafel aus der Necropole von Alt-Capua, die Bücheler[3]) herausgegeben und übertragen hat:

[1]) Zusammenstellungen von Wachsmuth im N. Rh. Museum 1863 S. 539 ff. Wünsch im C. J. Att. Appendix S. XXIV ff. Ueber die griechischen, die hier übergegangen sind, Kuhnert im N. Rh. Mus. 1894 S. 37 ff. Ausgaben der Zauberpapyri von Wessely in den Berichten der Wiener Akademie Bd. 36 und 42.

[2]) Zvetajeff Sylloge S. 30 no. 49.

[3]) N. Rh. Museum 33 S. 177.

Cereri ultrici mandavi, quae qui . . . . . propriores Paquio Cluatio dis Manibus . . . . potestatem deferat, id tibi mandari. Vibiae prae . . am . . . um reddat. Cereri et ultrici et dis Manibus et sepulcri potestati si nec reddit, veneat acri eius . . . et caedatur et cruentetur.

Es folgen dann die eigentlichen Verwünschungen, darunter cum far capit ne possit edere nec minuere famem . . . quae homines vivi pascuntur denique Paquius Cluatius dis Manibus tabescat . . . Vibiae Aquiae, sive detuleris Paqium Cluatium dis Manibus . . . . Als Grund der Verwünschung wird hier ein Diebstahl angedeutet: si nec reddit, veneat. Sehr viel deutlicher tritt dies in einer lateinischen Inschrift aus Emerida hervor (CJL 2, 262): Dea Atacina Turibrig(ensis) Proserpina, per tuam maiestatem te rogo oro obsecro ut vindices, quod mihi furti factum est; quisquis mihi immudavit involavit minusve fecit eas [res] quae infra sriptae sunt: tunicas VI (p)änula lintea II indusium cuius . . . m ignoro . . . . . Der Dieb scheint hier nicht bekannt zu sein; auch sonst wird oft allgemein der Thäter eines bestimmt angegebenen Unrechts verflucht. So auf einer Inschrift aus Norica (CJL 3 suppl. 11882): Domitius Niger et . . . (folgen Namen) adversarii Bruttae et quisquis adversus il(l)am loqut(us est) omnes perdes.

Ein Diebstahl liegt auch der Verwünschung auf der Inschrift von Bath[1]) zu Grunde: qui mihi mantelium involavit, sic liquat (c)com aqua ella muta ni qui eam salvavit Annius vel exsuper eius Verianus usw. (folgen 6 Namen).

Desgleichen in der Inschrift von Lydney Park (CJL. 7, 140): Devo Nodenti. Silv(l)anus anilum perdedit, demediam partem donavit Nodenti; inter quibus nomen Seniciani nollis permittas sanitatem donec perferat usque templum Nodentis d. h. der Bestohlene hat für den Fall der Wiedererlangung die Hälfte des Werths dem Tempel versprochen. Senicianus wird als der muthmassliche Thäter bezeichnet. Ein sehr umfassendes Sündenregister enthält endlich die in Jamben abgefasste Verwünschung

---

[1]) Hermes B. 15 S. 588 ff. (Zangemeister). Die am Schluss genannten Personen betrachtet Z. als nach der Meinung des Verwünschenden des Diebstahl verdächtig.

der Freigelassenen Acte (CJL. 6, 20905 = Bücheler carmina epigr. Nr. 95):

Hic stigmata aeterna Acte libertae scripta sunt
venenariae et perfidae dolosae duri pectoris
— — — — — adulterum
patronum circumscripsit et ministros ancillam et puerum
lecto iacenti patrono abduxit,
ut animo desponderet solus relictus spoliatus senex.

In der älteren Zeit lauten die Verwünschungen meist kürzer: es werden lediglich die Namen der Verfluchten angegeben, mit Einleitungen wie inimicorum nomina: oder data nomina ad inferos: Dite pater, tibi commendo; accepta sit (CJL. 1, 818 = 6, 140); apud vostrum numen demando devoveo desacrificio (CJ. L. 11, 1823); ja die blossen Namen allein genügen schon. Als Fluchgötter werden ursprünglich nur die di Manes oder die inferi erwähnt. Auch die angewünschte Schädigung wird in der Regel kurz ausgedrückt: uti tabescat morbus (CJL. 10, 3824), deponas at Tartara (CJL. 8 suppl. 19523) — nur einmal wird mit abstossender Ausführlichkeit fast jeder Körpertheil einzeln verflucht (CJL. 10, 8249) — oder es werden einzelne Sinne aufgezählt: facias illum sine sensum sine memoria sine spiritu sine medulla sit vi mutuscus (CJL. 8 suppl. 19523).

Der Ungewissheit über die Person des zu Verfluchenden sind wir bereits begegnet: bezieht sie sich nur auf dessen Namen, so wird mit einem seive ea alio nomine est (CJL. 1, 820 = 10, 1604) geholfen, desgleichen auch bei Unsicherheit über Namen der Fluchgottheit (CJL. 11, 1823): Nimfas sive quo alio nomine voltis adpellari[1]). In allen diesen Fällen handelt es sich um Verwünschung durch geschriebene Worte; auf gesprochene scheint sich die Grabschrift der Ennia (CJL. 8, 2756) zu beziehen: Ennia hic sita est . . .; quae non ut meruit, ita sortis mortem retulit: carminibus defixa iacuit per tempora muta usw.

---

[1]) In den folgenden Worten ut vos eum interematis interficiatis annum intra itusm wird am Schluss itsum zu lesen und ipsum gemeint sein. — Die Inschrift in Constantinopel Collections du musée Alaoui I 1890 S. 57 ff. ist ein Zauberlied, um den untreuen Geliebten zu gewinnen.

Wenn auch die ältesten dieser Inschriften, soweit sie in lateinischer Sprache abgefasst sind, kaum über das erste Jahrhundert der Kaiserzeit hinausgehen, so wird das hohe Alter der Execration an sich durch die litterarische Überlieferung bezeugt. Sie wurzelt — in ihrer erlaubten Seite — tief in dem Sacralrecht Altroms. Auf ihr beruht die consecratio capitis — das sacer esto des ältesten Rechts —, auf ihr die Einrichtung des ver sacrum ebenso wie die Devotion im Kriege. Der Selbstverfluchung der Decier steht die Evocation der Götter aus dem Feindesland und dessen Devotion gegenüber: Dis pater Vejovis manes sive quo alio nomine fas est nominare, ut omnes illam urbem . . . exercitumque . . . fuga formidine terrore compleatis, uti vos eas urbes . . . devotas consecratasque habeatis eosque ego vicarios pro me . . . legionibusque nostris do devoveo, ut me . . . exercitumque nostrum salvos siritis esse [1]).

An diese erlaubte und nach Umständen gebotene Devotion, die als Hingabe eines Sühneopfers an die Götter gedacht ist, hat die verbotene angeknüpft wie der Aberglaube nothwendig an die Religion anknüpft: der Verfluchende weiht sein Opfer den Unterirdischen zur Sühne für die angeblich von diesem begangene Missethat. Dass dabei in der epigraphischen Tradition die carmina defixionum gegenüber den tabulae nahezu ganz und in der litterarischen, abgesehen von den Darstellungen der Dichter, wesentlich zurücktreten, liegt in der Natur der Sache: dass aber in den ältesten Zeiten Roms das thatsächliche Verhältniss umgekehrt gewesen sein muss, ergiebt sich schon daraus, dass die Schrift damals einen durchaus esoterischen Charakter hat, und ihre Kenntniss gerade in den unteren Kreisen, von denen jene Manipulationen hauptsächlich geübt wurden, sicherlich nur sehr wenig verbreitet war. Wie sehr aber die Verbindung der Zauberlieder und der Devotionen in Rom geläufig war, zeigt der Ausdruck, den Tacitus auf Germanicus' Ermordung, den berühmtesten Defixionsfall der römischen Geschichte, anwendet: reperiebantur solo ac parietibus erutae humanorum corporum reliquiae, carmina et devotiones et nomen Germanici plumbeis tabulis insculptum, semusti cineres ac tabo

[1]) Macrob. 3, 9, 9.

obliti aliaque maleficia, quis creditur animas numinibus infernis sacrari[1]).

So ist es denn auch natürlich, dass wir bei dem Gegenstück zu der Körperverletzung durch Zauberei, der Be- oder Verhexung von Saaten in den XII Tafeln gleichfalls die Zauberformel zunächst als gesprochen resp. gesungen und nicht als geschrieben gedacht finden. Plinius erwähnt die Strafsanction der XII Tafeln gegen den, qui fruges excantassit[2]) und berichtet von dem Strafverfahren gegen Furius Cresimus, ceu fruges alienos perliceret veneficiis[3]). Wie correct er aber den inneren Zusammenhang zwischen der durch Zauberei bewirkten Beschädigung der Person und ihres Vermögens auffasste, zeigt die Anordnung der Darstellung an der ersterwähnten Stelle, die mit der Frage beginnt, valeantque aliquid verba et incantamenta carminum und nach Mittheilungen aus der Geschichte des Sacralrechts als Beleg die zwei Stellen aus den XII Tafeln anführt: qui fruges excantassit et alibi qui malum carmen incantassit.

Nach diesem kurzen Ueberblick über die Anfänge der Zauberei in Rom kehren wir zu dem Citat Ciceros aus den XII Tafeln zurück, der occentavisset mit den Worten erläutert sive carmen condidisset quod infamiam faceret flagitiumque alteri, und versuchen nunmehr das vorgelegte Material für deren Auslegung zu verwerthen. Erinnern wir uns, wie hierbei zwischen der Bedeutung, die Cicero selbst jener Paraphrase beilegte und deren ursprünglichem Sinne unterschieden wurde, so wird es keinem Bedenken unterliegen, dass in dem letzteren die Beziehung des carmen quod infamiam faceret auf Zauberlieder eine natürliche und verständliche ist. Wer zu einer so schweren Waffe gegen Andere griff, musste einen Grund hiefür zu haben wenigstens glauben können. Wo dieser Grund angegeben wird, da leuchtet, wie in den angegebenen Verwünschungen wegen Diebstahls und der der Akte, der infamirende Character der Execration ohne Weiteres ein. Wir dürfen annehmen, dass solche Angaben der Verwünschungsursache gerade in älterer Zeit die Regel waren: sie sollten die angerufenen Götter von

[1]) Tacitus ab excessu d. Aug. 2, 69; vgl. Dio Cass. 57, 18.

[2]) Plin. 28, 2, 18.

[3]) Plin. 18, 6, 41.

der Berechtigung der Verfluchung überzeugen und sie dadurch dem Willen des Fluchenden günstiger stimmen, während nach dem Eindringen orientalischer Superstitionsformen die Wirkung der Formel immer mehr in den mit ihr verbundenen Gebräuchen gesehen wurde [1]). Aber auch wo ein Grund nicht angegeben wurde, musste sich das Publikum sagen, dass der Verfluchte sich irgend etwas und zwar etwas Gravirendes gegen den Verwünschenden habe zu Schulden kommen lassen, und gerade die Ungewissheit darüber konnte den abenteuerlichsten Gerüchten den Weg ebnen. Zum allermindesten war der Verfluchte ins Gerede gekommen [2]). Ja, der blosse Gedanke, dass Jemand dem Zorn der Unterirdischen empfohlen war, musste in einer Zeit, die es mit solchen Dingen ernst nahm und an sie glaubte, den davon Betroffenen in einer ihn infamirenden Weise belastet erscheinen lassen, wie man bei uns sagt: „Von Gott gezeichnet."

Es giebt aber daneben noch eine zweite und vielleicht prägnantere Erklärung für die Ciceronische Paraphrase, die hiernach im doppelten Sinne verstanden werden kann. Wenn auch in den Zauberformeln dem Verwünschten in der Regel Tod oder körperliche Krankheit angewünscht wird, so ist diese Regel doch nicht ausnahmslos. Das Schwinden des Gedächtnisses wird in einer bereits mitgetheilten Inschrift erwähnt, wie es auch Curio veneficiis et cantionibus Titiniae in dem Prozess der letzteren widerfuhr [3]). Die Verwirrung der Sinne durch Gift und Zauber will schon Amphitruo bei Plautus [4]) rächen:

uleiscor hodie Thessalum veneficum
qui pervorse perturbavit familiae mentem meae.

Juvenal spricht von den magici cantus und Thessala philtra [5]),

quibus valeat mentem vexare mariti
et solea pulsare natis; quod desipis inde est,

---

[1]) Der Papyrus Anastasy giebt ein förmliches Recept zur Anfertigung und Anwendung von Verfluchungsformeln.

[2]) Dabei ist zu beachten, dass die Umschreibung Ciceros nicht aus dem Geiste der XII Tafeln, die den Beleidigungsbegriff überhaupt nicht kennen, sondern aus dem seiner eigenen Zeit geschrieben und gedacht ist.

[3]) Cic. Brut. 60.

[4]) Plautus Amphitruo 4. 3, 9 = 1043 f.

[5]) Juvenal 6, 610 ff.

inde animi caligo et magna oblivio rerum,
quas modo gessisti.

Auf eine solche Verzauberung führt er an derselben Stelle den Wahnsinn des Cäsar Gaius zurück:

tamen hoc tolerabile si non
et furere incipias, ut avunculus ille Neronis,
cui totam tremuli frontem Cäsonia pulli
infudit: quae non faciet, quod principis uxor?
ardebant cuncta et fracta compage ruebant
non aliter quam si fecisset Juno maritum
insanum.

und die gleiche Vermuthung spricht Dio Cass bezüglich des Wahnsinns Caracallas aus [1]). Wenn Jemand nun durch Zauberei in einen Zustand versetzt wird, in dem er Dinge verübt, die ihn der allgemeinen Verachtung überliefern [2]), so kann von einer derartig wirkenden Formel wohl gesagt werden: infamiam facit flagitiumque alteri. Ganz besonders gilt dies vom Liebeszauber, der den ehelichen Frieden zu stören und regelmässig ein illegales Band zu knüpfen bestimmt ist:

coniugis ut magicis sanos avertere sacris
experiar sensus; nihil hic nisi carmina desunt [3]).

Nach alledem betrachte ich Ciceros carmina quae infamiam faciunt flagitiumque alteri in ihrer ursprünglichen Bedeutung als Zauberformeln [4]), die über Andere Schimpf und Schande heraufführen.

---

[1]) Dio 77, 15.

[2]) Analog Sophocles' Aias, nur dass hier keine irdische Verzauberung, sondern eine spontane Einwirkung der Göttin vorliegt.

[3]) Vergil Eclog. 8, 66 f.

[4]) Ueber Carmen als Formel jetzt Norden Antike Kunstprosa I S. 160 ff. Danach dürfte auch das „XII ut carmen necessarium" Ciceros (de leg. 2, 23, 59) schwerlich mit Schoell, Prol. S. 4 auf eine poetische Paraphrase der XII Tafeln zu beziehen sein, zumal die uns erhaltenen relativ ursprünglichen Fragmente wie I, 1 und I, 2 vielfach rhythmische Gliederung aufweisen, — so wenig wie die lex horrendi carminis bei Livius aus einer poetischen Ueberlieferung stammt. Ein gewisses Mass rhythmischer Gliederung ist gerade bei der ältesten Prosa die Regel, wie überhaupt in der litterarischen Entwicklung die Poesie bekanntlich der Prosa vorangeht. Damit stimmt insbesondere auch die zweite Anspielung auf unsere Stelle bei Cicero (Disp. Tusc. 4, 2) überein. C. will Spuren von Pythagoreischem Einfluss auf die älteste

Dann würde das Plinianische Citat si malum carmen incantassit sich auf dieselbe Gesetzesstelle beziehen und anzunehmen sein, dass das Wort occentare in einzelnen Commentaren mit malum carmen incantare, in anderen mit carmen condere, quod infamiam faceret flagitiumque alteri umschrieben war [1]).

Mit dieser Auffassung stimmt es denn auch überein, dass wir von dieser Bestimmung über Occentatio in der gesammten Ueberlieferung und gerade auch in solchen Fällen von Schmähgedichten keinen Gebrauch gemacht sehen, die zu ihrer Anwendung wie geschaffen waren.

Cn. Naevius hatte Metellus und vielleicht auch andere Römische Grosse durch Spottverse herausgefordert. Erhalten ist die Invective:

Fato Metelli Romae fiunt consules,

worauf diese geantwortet haben sollen:

Dabunt malum Metelli Naevio poetae [2]).

Ueber die Verwirklichung dieser Drohung berichtet Gellius, Naevius habe zwei Stücke im Gefängniss geschrieben, cum ob assiduam maledicentiam et probra in principes civitatis de Graecorum poetarum more dicta in vincula Romae a triumviris coniectus esset unde post a tribunis plebis exemtus est, cum in his quos supra dixi fabulis delicta sua et petulantias dictorum, quibus multos ante laeserat, diluisset [3]). Hier ist von einem

---

Römische Cultur nachweisen und bemerkt in diesem Zusammenhange: nam cum carminibus soliti illi esse dicantur et praecepta quaedam occultius tradere et mentes suas a cogitationum intentione cantu fidibusque ad tranquillitatem traducere, gravissimus auctor in Originibus dicit Cato, morem apud maiores hunc epularum fuisse ut deinceps qui accubarent canerent ad tibiam clarorum virorum laudes atque virtutes . . . . . quamquam id quidem XII tabulae declarant, condi iam tum solitum esse carmen, quod ne liceret fieri ad alterius iniuriam lege sanxerunt. Beachtenswerth ist, dass an beiden Stellen die Verbindung carmen condere gebraucht ist. Das Verbum hat in der älteren Latinität, wo es wie hier übertragen gebraucht wird, eine sacralliturgische Färbung und wird in dieser Zeit nicht leicht für die blosse „Abfassung“ einer Urkunde gebraucht. Es hat ein constitutives Element in sich.

[1]) Zur Quellenkritik Schoell, Proleg. S. 11. — Nach dem im Text Bemerkten ist es ausgeschlossen, dass die Citate bei Plinius und Cicero aus derselben Quelle stammen.

[2]) Asconius zu Cic. in Verrem I, 10.

[3]) Gellius N. A. 3, 3, 15.

Criminalverfahren wegen Occentatio offensichtlich nicht die Rede: nicht einmal die magistratische Coercition liegt vor, die sich staats- und strafrechtlich rechtfertigen liesse, soweit Naevius Angriffe gegen jene principes civitatis während ihrer Amtsdauer gerichtet und das Delikt damit zum Staatsverbrechen geworden wäre [1]). Die Triumviren haben keine selbstständige Coercitionsgewalt, die von ihnen verfügte Verhaftung geschieht regelmässig zum Zweck der Sistirung behufs Einleitung des criminellen Verfahrens oder aus ordnungspolizeilichen Gründen [2]). In wie weit diese Befugniss den Bericht bei Gellius juristisch deckt, mag hier dahingestellt bleiben [3]). Zu einer Anwendung der XII Tafeln ist es ersichtlich hier so wenig gekommen wie in den beiden

[1]) Dies nimmt West im Journal of philology 8 S. 15 ff. an.

[2]) Mommsen, Staatsrecht 2 S. 594.

[3]) Die ganze Erzählung erweckt mancherlei Bedenken. Die Versöhnung mit den Metellern würde jedenfalls nicht lange vorgehalten haben, da nach Hieronymus zu Eusebius II Olymp. 144, 3 N. im Jahre 201 in Utica starb. pulsus Roma factione nobilium et praecipue Metelli. Darin läge nichts Undenkbares. Schwieriger wird es bereits, sich mit der Thatsache abzufinden, dass Cicero von jener Anecdote, die ersichtlich auf Beleidigung durch Bühnenstücke abzielt, überhaupt nichts gewusst hat. Wenn er Scipio in de republica (Augustin de civitate Dei 2, 9 = de rep. 4, 11) sagen lässt: Periclen violari versibus et eos agi in scaena non plus decuit quam si Plautus noster voluisset aut Naevius Publio et Cneo Scipioni aut Caecilius Marco Catoni maledicere, so konnte er Naevius nicht gut als Muster litterarischer Bühnendiscretion anführen, wenn dieser zwar nicht die Scipionen, aber andere Aristocraten auf die Bühne gebracht hätte. Hienach dürfte wie der Metellervers, von dem dies Schanz Röm. Litteraturgeschichte I [2] S. 39 f. zutreffend annimmt, so auch der Angriff auf Scipio, wenn die Deutung auf ihn bei Gellius 7, 8, 5 richtig ist, einer Satura angehört haben. Die Revocation im Gefängniss, die lebhaft an Stesichorus' Palinodie erinnert, hat Leo (Plautinische Forschungen S. 67) beanstandet. Man wird indessen genöthigt sein, die Erzählung bei Gellius, die einen durchaus einheitlichen Character trägt, im Ganzen entweder anzunehmen oder abzulehnen. Das letztere ginge nur an, wenn man vermuthen könnte, dass sie aus den Dichterfragmenten selbst, den Metellerversen und insbesondere aus Plautus Miles 211 f., herausgedeutet wäre, dessen ganz allgemeine Wendung sich weder auf Naevius noch auf eine Einkerkerung zu beziehen braucht. Dann würde die oben erwähnte Erzählung des Eusebius abgesehen von der Todesnachricht als Dittographie von derjenigen bei Gellius anzusehen sein. Wusste man oder nahm man nach den erhaltenen Versen an, dass Metellus gerechtfertigte Drohungen gegen Naevius ausgestossen, so konnte als deren Erfüllung, falls man Ge-

vom Auctor ad Herennium mitgetheilten Fällen, wo Caelius als Richter wegen Beleidigung des Lucilius auf der Bühne freisprach, Mucius als Richter in einem analogen Falle wegen gleicher Beleidigung des Accius verurtheilte. Die Erwähnung des Einzelrichters zeigt, dass es sich hier um einen Civilprozess, der Plural iniuriarum, dass es sich um einen solchen auf Grund des prätorischen Edicts handelt. Dass aber zu jener Zeit die Bestimmungen über Occentatio noch in Kraft standen, ist zweifellos und ihre Nichtanwendung auf die erwähnten Fälle wohl nur daraus zu erklären, dass sie nicht darauf passten.

Bei alledem hat unbestreitbar Cicero selbst die Occentatio als Schmählied aufgefasst, und noch deutlicher tritt dies bei Festus und den Commentatoren zu Persius und Horaz hervor.

Die hier für die wahre Bedeutung der Occentatio versuchte Beweisführung würde lückenhaft bleiben, wenn es nicht auch gelänge, die Zeit und die näheren Umstände der Umdeutung wenigstens annähernd zu bestimmen. Da diese jedoch mit der Sullanischen Gesetzgebung zusammenhängt, so lässt sie sich übersichtlich erst bei Gelegenheit der letzteren zur Darstellung bringen.

§ 3.

Die Abzweigung der Aquilischen Iniuria.

Das System der festen Taxen, auf dem die Iniurienordnung der XII Tafeln beruht, erwies sich auf die Dauer als unzulänglich, und es lag in der Natur der Sache, dass diese Unzulänglichkeit zuerst und am schärfsten bei der Sach- bezw. Vermögensbeschädigung hervortreten musste. Wenn die Knochenverletzung bei einem Sklaven in jedem Falle mit 150 Ass geahndet wurde, so konnte diese Festsetzung je nach dem Werth des Sklaven ebenso zu hoch wie zu niedrig sein. Dazu kam, dass der Werth des Geldes allmählich und schon in relativ alter Zeit gesunken war: dies zeigen schlagend die Kämpfe um die Censuszahlen und die Reformen des jüngeren Claudius.

So kam man zu einer auf das Prinzip des Werthersatzes

---

naues darüber nicht wusste, von den Einen Einkerkerung, von den Andern Verbannung angenommen sein.

begründeten Reform der Vermögensbeschädigung und damit gleichzeitig zur Unterscheidung der poenalen von den reipersecutorischen Functionen der Injurienklage [1].

Die lex Aquilia [2] behandelt im ersten Capitel den Thatbestand si quis servum servamve alienum alienamve quadrupedemve pecudem iniuria occiderit, im dritten ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria. Das zweite Capitel giebt eine Klage gegen den adstipulator, qui pecuniam in fraudem creditoris acceptam fecerit [3].

Wie die XII Tafeln sich zur Tödtung von Sklaven und Vieh gestellt haben, lässt sich, wie oben dargelegt [4], nicht mit Sicherheit ausmachen: wurde sie damals criminell geahndet, so wird anzunehmen sein, dass durch oder im Anschluss an die Aquilischen Normen hier der civilrechtliche Schutz an die Stelle des strafrechtlichen getreten ist, während es dahingestellt bleiben

[1]) Ueber die Frage, ob vor der lex Aquilia noch besondere Gesetze über Sachbeschädigung ergangen sind, spricht sich Ulpian in L. 1 D ad leg. Aqu. 9, 2 nur sehr unbestimmt aus: lex Aquilia omnibus legibus quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit sive duodecim tabularum sive alia quae fuit. Dass die Aufhebung durch eine clausula derogatoria geschah, hat Pernice erwiesen (Sachbesch. S. 21): es folgt aus dem Reflexiapronomen (ante se). Ulpian schöpft seine Nachricht also aus den Sanctionen der lex Aquilia selbst. Erwägt man aber, wie wortreich weil vorsichtig solche Sanctionen auch schon in älterer Zeit abgefasst werden, z. B. bei der lex Bantina, so wird man aus der Sanctionsformel sive alia quae fuit schwerlich entnehmen dürfen, dass nun in Wirklichkeit ausser den XII Tafeln alia quae lex fuit, in der sich Bestimmungen de damno iniuria fanden. Die Möglichkeit an sich ist natürlich nicht ausgeschlossen. Der Wortlaut Ulpians aber spricht, soweit ich sehen kann, eher dagegen. Wenn Aquilius ein Spezialgesetz über irgend ein damnum iniuria vorgelegen hätte, so würde er es in den Sanctionen wohl erwähnt haben: wenn er sich mit der allgemeinen Cautel begnügte und diese conditionell und im Singular fasste (statt aliae quae fuerunt), so zeigt dies, dass ihn nicht etwa ein Bedürfniss nach Kürze bestimmt hat, eine etwaige grössere Zahl solcher Gesetze mit der Generalclausel en bloc abzuthun. In keinem Falle aber brauchte es mehr als ein Gesetz gewesen zu sein: durch dieses und die lex XII tabularum würde der Plural bei Ulpian (omnibus legibus) immer gedeckt sein.

[2]) Pernice a. a. O. Mommsen S. 825 ff. Vgl. auch Karlowa, R. R. 2 S. 793 ff. Ueber die Zeitbestimmung Pernice a. a. O. S. 3 ff.

[3]) Darüber Pernice a. a. O. S. 22 ff. Mommsen S. 837.

[4]) S. 10.

, ob aus dem usserit des dritten Capitels dasselbe für die Brandbeschädigung von Getreide gefolgert werden darf[1]). Jedenfalls folgt dieses dritte Capitel mit den Ausdrücken fregerit ruperit in beabsichtigter Anlehnung dem Wortlaut des bisherigen Iniurienrechts: es soll der Schade vergolten werden, der dadurch entsteht, dass man einem Anderen durch urere frangere rumpere eine Iniuria zufügt, während, soweit es sich um Genugthuung handelte, das bisherige Recht in Kraft blieb[2]).

Dass ein „Schade" nur bei der Sachbeschädigung und nicht bei der Körperverletzung angenommen wurde, war in der Anschauung jener Zeit begründet. Wenn später die Körperverletzung des Freien, also gerade die älteste Iniuria, auch als Vermögensbeschädigung dem extensiv entwickelten Aquilischen Recht unterstellt wurde[3]), so lag diese Auffassung der älteren Zeit fern. Dem Römer jener Epoche würde die Taxirung des ökonomischen Schadens einer Körperverletzung unverständlich erschienen sein, während andrerseits der Wortlaut des Gesetzes ein Eigenthumsverhältniss an den Gegenständen der Beschädigung voraussetzte. Erst in sehr viel späterer Zeit wurden freie Arbeiter und zuletzt Proletarier Factoren, mit denen die Gesetzgebung wie Auslegung zu rechnen hatten: die körperliche Kraft wurde ein geldwerthes Object und der Umfang der Aquilischen Iniuria dem der reinen genähert.

So ergab sich für die ältere Zeit aus der Trennung des Schadensersatzes von der Genugthuung fast wie von selbst die begriffliche Scheidung der mittelbaren Delikte gegen die Person von den unmittelbaren, d. h. für jene Zeit der Sachbeschädigung von der Körperverletzung und damit die Möglichkeit zur selbstständigen und verfeinerten Ausgestaltung des Persönlichkeitsdelikts.

Dieses Resultat wurde durch eine weitere Konsequenz begünstigt, die sich gleichfalls aus der geschilderten Trennung

---

[1]) Darüber, dass die Iniuria der XII Tafeln wie die ursprüngliche der lex Aquilia sich nur auf Mobilien bezog, Karlowa, R. R. S. 795. Mommsen S. 827.

[2]) Mommsen S. 527, 784 ff., 825 ff.

[3]) L. 13 pr. L. 7 § 4 D ad leg. Aqu. 9, 2. L. 1 § 5. L. 7 D de his qui effud. 9, 3. Pernice S. 241 (erste Auflage).

ergab, durch die Durchführung der Unterscheidung zwischen dem nur vorsätzlich und dem auch fahrlässig begehbaren Delikt.

Ueber die Behandlung der Fahrlässigkeit in den XII Tafeln[1]) bietet die Ueberlieferung folgendes Material:

Der Brandstifter igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit; si vero casu id est negligentia aut noxiam sarcire iubetur aut si minus idoneus sit, levius castigatur[2]).

Bezüglich der Tödtung:

Iacere telum voluntatis est, ferire quam nolueris fortunae. ex quo aries subicitur ille in vestris actionibus, si telum manu fugit magis quam iecit[3]), wie Cicero an einer andern Stelle[4]) mit imprudens erläutert und als fortuna dem consilium gegenüberstellt.

Bezüglich der Körperverletzung:

Quis vi membrum, inquit, alteri imprudens ruperit? quid enim imprudentia factum est, retaliari per imprudentium debet. Ictus quippe fortuitus et consultus non cadunt sub eiusdem talionis similitudinem. XII viri . . . neque eius, qui membrum alteri rupisset et pacisci tamen de talione redimenda nollet, tantam esse habendam rationem arbitrati sunt ut an prudens imprudensve rupisset spectandum putarent[5]).

Uniuristischer als es hier mit den Worten telum manu fugit magis quam iecit bei der Tödtung geschehen ist, konnte der Ausschluss der Vorsätzlichkeit nicht wohl zum Ausdruck gebracht werden: die vom Gesetzgeber gewählten Worte zeigen den kindlich-naiven Standpunkt einer primitiven Auffassung, die bei dem sinnlich-concreten des thatsächlichen Vorganges stehen bleibt ohne die Fähigkeit zur begrifflichen Abstraction

---

[1]) Mommsen S. 88 f. Pernice (erste Aufl.) S. 238 ff.

[2]) L. 9 D de inc. 47, 9 Gaius libro IV ad leg. XII tab. Vgl. Mommsen S. 837 Anm. 1.

[3]) Cicero Top. 17, 64; de orat. 3, 158.

[4]) Cicero pro Tullio 21, 51, cf. Schoell 8, 24. Das Mordgesetz Numas giebt Festus S. 221 M. mit den Worten wieder: si qui hominem liberum doli sciens morti duit etc., den Gegensatz Servius zu Vergil Ecl. 4. 43: si quis imprudens etc.

[5]) Gellius 20, 1, 16 und 34.

vorzudringen. Dabei bleibt es nach der Auffassung der römischen Juristen mindestens dunkel, ob die fahrlässige Tödtung in jenem Wortlaut einbegriffen sein sollte. Auch Ciceros Ausdruck: quis est cui magis ignosci conveniat, quam si quis quem imprudens occiderit? nemo opinor, haec enim est tacita lex humanitatis, ut ab homine consilii non fortunae poena repetatur: tamen huiusce rei veniam maiores non dederunt[1]) lässt sich mit der Annahme vereinigen, dass nach seiner im römischen Alterthum weit verbreiteten rechtsphilosophischen Ueberzeugung die Bestrafung im Gegensatz zum Ersatz nur bei dem vorsätzlichen Vergehen gerechtfertigt erschien: fortuna im Gegensatz zum consilium liegt auch bei Fahrlässigkeit vor, da der Erfolg — und auf ihn wird in jener Zeit die Beurtheilung abgestellt — auch vom fahrlässigen Thäter nicht vorausgesehen ist. Dass hier in der That fahrlässige und zufällige Begehung, wenn auch ohne klare Erkenntniss ihres Unterschiedes, zusammengefasst sind, zeigt der Gegensatz zu dem Mordgesetze Numas, das ersichtlich nur die vorsätzliche Tödtung betrifft. Die fahrlässige Tödtung muss demnach — wenn wir nicht eine schwerwiegende Lücke in dem Rechte jener Zeit annehmen wollen — die Rechtsfolge des Widderopfers nach sich gezogen haben, und die zufällige Tödtung davon auszuschliessen liegt kein erkennbarer Grund vor: wäre die Fahrlässigkeit schon damals ein klar erkannter Begriff gewesen, so wäre die noch bei Cicero schwankende Ausdrucksweise unerklärlich und es würde sich schon in alter Zeit mit der Sache auch das sie bezeichnende Wort eingestellt haben.

Dieselben Ausdrücke imprudens und fortuitus, die Cicero zur Bezeichnung der nicht vorsätzlichen Tödtung anwendet, finden wir denn auch in dem von Gellius mitgetheilten Gespräch zur Bezeichnung der vorsätzlichen Körperverletzung und ihres Gegentheils verwerthet. Danach kann die Einbeziehung der culposen Verübung unter den Thatbestand der ältesten Iniuria nicht wohl einem Zweifel unterliegen und dass die rein zufällige Begehung davon ausgeschlossen war, lässt sich nach dem Gesagten ebenfalls nicht annehmen.

[1]) Cic. pro Tullio 21, 51.

Auch Gaius' Bericht über die Brandstiftung, dessen Beziehung auf die XII Tafeln unbedenklich erscheint, führt zu der gleichen Auffassung. Gaius bezeichnet den Ausschluss des Vorsatzes mit casu id est negligentia. Diese Paraphrase könnte an und für sich zu der Annahme führen, dass der Schadensersatz nur für den Fall der culposen Brandstiftung in den XII Tafeln festgesetzt war. Dass das Wort casus die culpa einschliesst, ist zweifellos; dass es im gegebenen Fall auch zu ihrer ausschliesslichen Bezeichnung im Gegensatz zum reinen Zufall verwendet wurde, könnte aus dieser Stelle gefolgert werden, obwohl ein weiterer Quellenbeweis dafür, soweit ich sehen kann, nicht zu erbringen ist. Allein das dann sich ergebende Resultat, dass die XII Tafeln in diesem einen Falle mit bewusster Schärfe Fahrlässigkeit und reinen Zufall geschieden haben, erscheint unannehmbar angesichts der Thatsache, dass diese Unterscheidung in allen anderen Fällen, in denen sie wenigstens mit demselben Rechte zu erwarten wäre, vermisst wird. Prüft man die Stelle nun im Ganzen

> qui . . . . combusserit, vinctus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit; si vero casu [id est negligentia aut] noxiam sarcire iubetur [ant si minus idoneus sit levius castigatur],

so erhellt ohne Weiteres, dass hier wesentliche Veränderungen an dem Recht der XII Tafeln vorgenommen sind[2]): der Zusatz über die levis castigatio des minus idoneus gehört dem Kaiserrecht an. Damit ergeben sich zwei Möglichkeiten: entweder haben die Compilatoren den Text interpolirt oder es hat Gaius selbst die Abweichungen des späteren Rechts in die Darstellung hineingezogen. Ich halte das erstere für wahrscheinlicher; allein auch wenn man den Wortlaut als echt ansieht, so könnte es nicht weiter befremden, dass die an die XII Tafeln anknüpfende Interpretation gerade in diesem Falle den Begriff casus oder was sonst zu seiner Bezeichnung an analogen Ausdrücken in den XII Tafeln gestanden haben mag, mit negligentia nicht sowohl umschrieb als beschränkte. Denn wenn sonst das

---

[1]) Mommsen S. 837.

[2]) Pernice S. 242 f. (erste Auflage).

römische Recht das Prinzip der Culpahaftung grundsätzlich mit noch grösserer Schärfe als das heutige festhielt und darauf die Lehre vom Schadensersatz begründete, so haben wir bei der Brandbeschädigung, falls der blosse Ausschluss des Vorsatzes für das noxiam sarcire genügte, einen Fall der Causalhaftung, wenigstens vom Standpunkt des entwickelten Rechts. Im Sinne der XII Tafeln wird die bewusste Statuirung dieses Grundsatzes keinesfalls anzunehmen sein: man unterschied zwischen Fahrlässigkeit und Zufall überhaupt nicht mit voller Klarheit und begnügte sich damit, die Ersatzpflicht vorzuschreiben, wenn „der Thäter handelt, ohne zu wissen und vorauszusehen, was er anrichten werde, ohne das dabei gefragt wird, ob hierin eine Fahrlässigkeit liege oder nicht[1]." Eine derartige Bestimmung aber musste vom Standpunkt des späteren Rechts als Statuirung der Causalhaftung und deshalb als prinzipwidrig erscheinen, und so beschränkte die Interpretation die Ersatzpflicht auf den Fall der fahrlässigen Brandbeschädigung.

Danach ergiebt sich für das ältere Recht als Resultat:

Die fahrlässige und zufällige Tödtung wird criminell nicht bestraft, sacralrechtlich mit der Hingabe eines Widders gesühnt.

Die fahrlässige und zufällige Körperverletzung wird der civilrechtlichen Iniurienklage unterworfen.

Die fahrlässige und zufällige Brandbeschädigung ist criminell straflos, verpflichtet aber civilrechtlich zum Schadensersatz.

Dass der letztere bei der Tödtung entfiel, beruhte einerseits darauf, dass das Leben nicht als geldwerthes Vermögensobject angesehen werden konnte, andererseits auf prozessualen Schwierigkeiten, die sich aus der Beschränkung der Iniurienklage auf den Verletzten und dessen Gewaltherrn ergaben. Dasselbe Moment wird auch den auffälligeren Gegensatz zwischen der Behandlung der nichtvorsätzlichen Tödtung und Körperverletzung herbeigeführt haben. Strafrechtlich hatte man nur die Wahl zwischen der Mordstrafe und der Straflosigkeit und gelangte, weil die erstere zu schwer war, zu der letzteren. Civilrechtlich war die naheliegende Subsumtion unter den Iniurienbegriff aus materiellen und prozessualen Gründen nicht angängig.

---

[1]) Pernice S. 242.

Dies ungefähr war die Sachlage, in die das Aquilische Gesetz eingriff.

Erinnern wir uns, wie dieses den Ersatz des Vermögensschadens von der Genugthuung abtrennte. Der erstere wurde bei der Körperverletzung nicht als vorliegend angesehen, sondern lediglich bei der Sachbeschädigung berücksichtigt, während umgekehrt bei dieser ein Bedürfniss nach Genugthuung regelmässig nicht empfunden wurde.

Aber auch nicht bei jeder Körperverletzung konnte der Anspruch auf Genugthuung von der Rechts- und Sittenanschauung jener Zeit als berechtigt anerkannt werden. Wenn die fahrlässige Tödtung Jahrhunderte lang ohne Rechtsfolge blieb, ohne dass das Bedürfniss nach einer Aenderung der Gesetzgebung hervortrat, so musste nach der altrömischen Auffassung auch bei der fahrlässigen blossen Körperverletzung der Anspruch auf Genugthuung jedenfalls als unberechtigt erscheinen. So gelangte die Interpretation zu dem folgenschweren Resultat, die Iniuria der XII Tafeln auf das vorsätzliche Delikt zu beschränken. Damit war die Möglichkeit zur verfeinerten Ausgestaltung dieses Rechtsbegriffs und so die Grundlage für eine Entwicklung gegeben, die zu den bedeutsamsten des gesammten Römischen Rechts gehört: die Basis des reinen Iniurienrechts war geschaffen.

Der Anspruch auf Schadensersatz wurde nach Aquilischem Recht naturgemäss auch bei nicht vorsätzlicher Schädigung zugelassen. Auch hier führte die Vervollkommnung der Rechtstechnik wie die Verfeinerung des sittlichen Gefühls zu einer Umgestaltung der Vertretungspflicht, die weit über den Bestand des römischen Reichs hinaus zur Grundlage des Schadensersatzrechts geworden ist und die erst in dem letzten Menschenalter unter dem Einfluss der durch die Technik veränderten wirthschaftlichen Verhältnisse bis zu einem gewissen Grade ins Schwanken gerathen ist. In welchem Zeitraume man allmählich dahin gelangte, den Schadensanspruch auf die fahrlässige Beschädigung zu beschränken und diese somit von der zufälligen begrifflich streng abzugrenzen, lässt sich des Genaueren nicht mehr feststellen. Immerhin hat schon Mucius die Definition aufgestellt: culpam esse, quod cum a diligente provideri poterit non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum

periculum evitari non possit[1]), und die Ausgestaltung des Culpabegriffs musste durch das Aquilische wie durch das Contractsrecht gleichmässig gefördert werden. Die Aquilische Culpa hat die Schalen zwar gesprengt, von denen sie ursprünglich umschlossen war, die Anfänge ihrer Entwicklung aber bis zu deren Abschlusse nie verläugnet: noch die klassischen Juristen haben mit den Problemen der Kausalhaftung gerungen und uns damit eine Erbschaft hinterlassen, deren völlige Bewältigung auch uns Modernen noch nicht geglückt ist.

§ 4.

Das praetorische Edikt.[2])

Es war in dem vorigen Abschnitt auszuführen versucht worden, wie durch das Aquilische Gesetz der Ersatz der Sachbeschädigung von der Iniuria abgelöst und letztere auf die Genugthuung wegen des vorsätzlich verübten Delikts beschränkt wurde. Aber dieselben Gründe, welche die älteste Iniurienklage zur Erfüllung des damals in ihr noch enthaltenen reipersekutorischen Zwecks untauglich machten, führten dahin, sie auch betreffs ihrer Funktion als Genugthuungsklage umzugestalten[3]). Das System der festen Taxen war nicht geeignet, der Mannigfaltigkeit der Angriffe gerecht zu werden, die bei äusserlich gleichem Thatbestand von ganz verschiedener Bedeutung sein mochten. Ob der Iniuriant seinerseits vom Gegner gereizt war oder nicht, ob er im Affekt oder mit Ueberlegung gehandelt, ob er einen Hochgestellten oder einen Mann aus dem Volke verletzt — alle diese und viele andere Unterschiede konnten bei dem System der XII Tafeln nicht berücksichtigt werden. So gelangte man zumal nach dem Vorgange der lex Aquilia zur ästimatorischen Iniurienklage des praetorischen

---

[1]) Bei Paulus in L. 31 D. ad leg. Aquil. 9, 2. Die Durchführung im Strafrecht ist später und nicht mit gleicher Sicherheit erfolgt.

[2]) Grundlegend Pernice S. 23 ff.

[3]) Dies handgreiflich zu veranschaulichen ist das Ziel der anscheinend zu diesem Zweck erfundenen Anecdote, „deren Wahrheit ernstlich bezweifelt wird" (Leonhard, Institutionen S. 451 Anm. 5) des L. Veratius bei Gellius 20, 1.

Edikts, die auf quantum aequum bonum videbitur abgestellt, mit ihrer allen Lebensverhältnissen sich anschmiegenden Elasticität dem Bedürfniss vieler Jahrhunderte genügte. Das praetorische Iniurienedikt zerfiel bei seiner endgültigen Redaktion — abgesehn von den Edikten über Iniuriirung von Sklaven, von Gewaltunterworfenen und dem über die Noxalklage — in das Generaledikt und 3 Spezialedikte über convicium, adtemptata pudicitia und infamatio. Dass diese gleichzeitig vom Praetor aufgestellt wurden, ist nicht wahrscheinlich: die praetorische Iniurienklage ist schwerlich mit einem Male wie Minerva aus dem Haupte ihres Schöpfers entsprungen. Erwägt man nun, dass die Formel des Generaledikts auf si dolo malo Ni Ni Ao Ao pugno mala percussa est abgestellt war und das auch die zugehörigen Commentare mit Vorliebe Beispiele von Körperverletzung behandeln, so ergiebt sich, was auch sonst anzunehmen am nächsten liegen würde, dass der Praetor zuerst das Generaledikt aufstellte, dessen Umfang mit der bisherigen Iniuria sich deckte: die einzige Neuerung war zunächst die Aufgabe des Systems der festen Taxen wie bei der Aquilia. Die Fortbildung des Iniurienrechts geschah dann eine Zeit lang, gleichfalls wie bei der Sachbeschädigung, durch extensive Interpretation des Generaledikts: hatte diese zur Aufstellung fester und begrenzter Deliktskategorien geführt, so erkannte der Praetor diese Neubildungen dadurch an, dass er eigene Spezialedikte für sie aufstellte, die die Funktion des Generaledikts entlasteten[1]). Diese Entlastung erfolgte nicht bloss durch das praetorische Recht: auch die spätere Gesetzgebung hat Bestandtheile des ursprünglichen Iniurienrechts von diesem losgelöst und selbständig ausgestaltet,

[1]) So erklärt Labeo das Infamationsedikt für überflüssig, weil die darunter fallenden Thatbestände schon in dem Generaledikt enthalten seien (L. 15 § 26 h.t.). — Es spielte sich hier also derselbe Vorgang ab, dessen Wiederholung in der Gegenwart Gierke (Deutsches Privatrecht S. 704 f.) mit den Worten schildert: „Jedesfalls erschöpfen die in feste, gesetzliche Form gegossenen Persönlichkeitsrechte nicht den an sich hiefür geeigneten Stoff. Vielmehr lassen sie empfindliche Lücken. Zur Ausfüllung solcher Lücken muss da, wo das Rechtsbewusstsein der Gegenwart dies heischt, auf das allgemeine Recht der Persönlichkeit zurückgegriffen werden, bis aus ihm ein neues, besonderes Recht herausgeholt ist“.

insbesondere hat diejenige de vi die spätere generelle Ueberleitung der Iniuria in das Criminalrecht vorbereitet.

Diese Entwicklung ist nunmehr, soweit sie das Civilrecht betrifft, in ihren wesentlichsten Momenten zu verfolgen.

Das erste Spezialedikt nach Julians Reihenfolge, die man wohl als die ursprüngliche ansehen darf, war das über convicium, und es ist schwerlich Zufall, dass wir hier wie bei dem zweiten Edikt die Versuche der Juristen, den Thatbestand aus dem der Körperverletzung abzuleiten, noch verfolgen können. Die älteste systematische oder sich dafür ausgebende Eintheilung der Iniurien finden wir bei dem Auctor ad Herennium, der als Musterbeispiel einer Definition, quae rei alicuius proprias amplectitur potestates breviter et absolute, folgende Begriffsbestimmung giebt: iniuriae sunt, quae aut pulsatione corpus aut convicio aures aut aliqua turpitudine vitam cuiuspiam violant[1]), wobei der Schluss offensichtlich auf die Infamatio und allenfalls noch auf die Adsectatio hinweist. Eine analoge nicht sowohl Auffassung als Herleitung klingt noch bei Paulus durch: iniuria aut in corpore dum caedimur vel in auribus dum convicium patimur vel cum dignitas laeditur, ut cum matronae vel praetextato comites abducuntur[2]). Man stellte also in der naiv-sinnlichen Concretisirung, die wir oben bei dem manu fugit magis quam iecit kennen gelernt haben, die Ohren als äussere Träger der Gehörseindrücke dem übrigen Körper entgegen und fasste die Belästigung durch Geschrei als Belästigung der Ohren, d. h. als deren Iniuriirung auf. Im Hintergrunde dieser nichts weniger als geschickten Formulirung steckt aber doch ein tieferer und wie ich glaube nicht ganz verwerflicher Inhalt: es ist der Gedanke, dass zum vollen Schutz der körperlichen Integrität auch der Schutz der seelischen Integrität und zunächst der Schutz der Sinne, wie Gehör, Geruch, Geschmack gehört. An dieses letztere Moment hat die weitere Ausbildung des Iniurienrechts offenbar zunächst angeknüpft. Wohl Niemand wird bezweifeln, dass es im Sinne der römischen Juristen eine Iniurie ist, wenn man Jemanden durch Täuschung veranlasst,

[1]) Ad Her. 4, 25.
[2]) Coll. 2, 5, 4. L. 1 § 2 D. h. t.

etwas abscheulich Schmeckendes herunter zu schlucken oder wenn man ihm etwas schlecht Riechendes unter die Nase hält oder ihm in die Ohren schreit, obwohl sich der quellenmässige Nachweis dafür zufällig nicht erbringen lässt. So rechnet v. Liszt[1]) im Sinne des heutigen Strafrechts zur widerrechtlichen Störung der körperlichen Unversehrtheit (Körperverletzung) auch das Erregen von Unbehagen, Ekel, Abscheu, Furcht, Schrecken, sowie störende Einwirkung auf die Sinne (Katzenmnsik, blendendes Licht, Gestank, Kitzeln, Kratzen, unzüchtige Berührung) — unter der Voraussetzung, dass die Störung keine ganz unbedeutende war. Dass dies auch der Standpunkt des Römischen Rechts war, zeigt die Snbsumtion einzelner einschlägiger Fälle unter die ursprüngliche Iniurie des Generaledikts. Schon Labeo[2]) entscheidet sich für Zulassung der Klage, si quis medicamento vel aliove quo mentem alicuius alienaverit, nnd Ulpian giebt die Klage, si quis pulsatus quidem non est, verum manus adversus eum levatae et saepe territus, [quasi vapulaturus non tamen percussit][3]), utili[4]) iniuriarum actione tenetur[5]), wobei offensichtlich nicht etwa auf den Versuch einer Misshandlung sondern auf die Erregung von Furcht, Schrecken, Bestürzung abgestellt ist. Dahin gehört auch das Beschmutzen eines Anderen (fimo corrupto aliquem perfundere, caeno luto oblinere[6]), das Eingeben von Liebesträнken[7]) sowie von Abortivmitteln, sowie der Fall, si victum vel stratum inferri quis iudicato non patiatur[8]), wobei freilich die Klage nur mit der vorsichtigen Wendung gegeben wird: ut quidam putant, iniuriarum agi poterit. Eben dahin die Verunreinigung des Trinkwassers, soweit man unterstellen kann, dass Dritte es nichtsahnend trinken werden[9]), die Belästigung durch Rauch in dem viel

---

[1]) v. Liszt S. 298.
[2]) L. 15 pr. D. h. t.
[3]) Glosse?
[4]) Utique? vgl. Lenel Ed. S. 322 Anm. 1.
[5]) L. 15 § 1 D. h. t.
[6]) L. 1 § 1 D. de extr. crim. 47, 11 = Paulus 5, 4, 13.
[7]) L. 38 § 5 D. de poenis 48, 19 (amatoria pocula).
[8]) L. 34 D. de re iud. 42, 1 (Licinius Rufus).
[9]) L. 1 § 1 D. de extr. crim. 47, 11 = Paulus 5, 4, 13 (aquas spurcare).

erörterten Falle Javolens[1]), und es ist nur eine verfeinerte Entwicklung in derselben Richtung, wenn man später die körperlich-seelische Belästigung durch Störung des äusseren Anstandes, des formal-würdigen Auftretens in diese Kategorie von Thatbeständen hineinzog. Wenn Macrobius sich darüber lustig macht, dass Hortensius einen Collegen wegen Iniurien belangte, quod sibi in angustiis obvius offensu fortuito structuram togae detraxerat[2]), so erwähnt Seneca es als einen typischen Iniurienfall, dass der Pöbel, durch eine politische Rede Cato's gereizt, diesem auf dem Forum die Toga fortriss[3]), und auch die vorhin erwähnten Fälle, das Beschmutzen, Begiessen etc. gehören zugleich hierher, insofern sich in ihnen das körperliche Unbehagen mit dem Unwillen über die erlittene Unbill verbindet. Eine ähnliche Störung der äusseren Würde ist es, wenn man den Begleiter einer Matrone oder eines Knaben entfernt und Beide dadurch in die Lage bringt, in einem den römischen Begriffen von Anstand widersprechenden Aufzug zu erscheinen. So kam man dahin, dem Schutz der körperlichen Integrität, insbesondere auch gegen Störung durch Einwirkung auf die Sinne, den Schutz des seelischen Gleichgewichts an die Seite zu stellen. Die Trennung der Begriffe körperliche und seelische Integrität lässt sich für die juristische Betrachtung ja überhaupt immer nur bis zu einem gewissen Grade durchführen, weil Körper und Seele in dem Lebenden organisch verbunden sind. Eine Ohrfeige wird in dem Getroffenen abgesehen von dem körperlichen Schmerz, der fehlen kann, ein starkes seelisches Unbehagen, wie Scham, Zorn, Empörung, Entrüstung hervorrufen und dieselben Gefühle mochte ein Römer hegen, den man, während er auf dem Forum zu den Quiriten sprach, mit Schlamm besudelte: das körperliche und seelische Unbehagen lässt sich hier nicht trennen.

In der Ausgestaltung dieses Schutzes der seelischen Integrität lag dann die weitere Entwicklung des Injurienrechts.

In dieser Richtung werden auch diejenigen Angriffe auf die

[1]) L. 44 D. h. t. vgl. § 5. Pernice S. 30 macht auf Quintil. decl. 14, 5 aufmerksam: quid refert animo quis noceat an corpori? vgl. auch decl. 246, 327, 385.

[2]) Macrob. 2, 9.

[3]) Seneca Dial. 2, 1, 3. 2, 2, 3.

Psyche dem Iniuriensystem einzureihen sein, bei denen eine Verletzung des sittlich-religiösen, des Pietätsgefühls durch Gräber- oder Leichenschändung hervorgebracht wird. Die Quellen erwähnen Leichenberaubung[1]), unbefugtes Ausgraben einer Leiche[2]), Beschädigung des Standbildes auf dem Grabe[3]), sowie allgemein jede iniuria funeri vel cadaveri facta[4]) und eben dahin wird auch die a° in factum bei der Verhinderung eines Begräbnisses[5]) zu rechnen sein[6]).

In freilich befremdender Anwendung des Begriffs convicium heisst es in unserem Text von Paulus[7]):

> convicium contra bonos mores fieri videtur, si obscoeno nomine aut inferiore parte corporis nudatus aliquis insectatus sit.

Mag man nun auch mit Cujacius und Pernice die ganze Stelle als ein spätes Einschiebsel aus den Volksrechten ansehen, die Subsumtion des erwähnten Thatbestandes unter das Iniurienrecht an sich unterliegt keinen Bedenken, obwohl man ihn allerdings zum Generaledikt zu rechnen geneigt sein würde. Seneca erwähnt als Beispiel einer contumelia, die, wenn sie von einem Kinde verübt wird, Niemand als solche ansehen wird: crines matris turbavit laceravitve infans et sputo adspersit aut nudavit in conspectu suorum tegenda et verbis obscoenioribus non pepercit[8]) und bald darauf als Fall der contumelia, si quis obscoenorum vocibus improbis per forum agetur[9]), während er

[1]) L. 5 § 8 D. de inst. act. 14, 3. Derselbe Fall wird gelegentlich der a° de sep. violato der cognitio extraordinaria in den Provinzen unterstellt (L. 3 § 7 de sep. viol. 47, 12).

[2]) L. 8 pr. de rel. 11, 7.

[3]) L. 27 D. h. t. (statua in monumento saxis caesa als symbolische Beschimpfung gedacht).

[4]) L. 1 § 6 D. h. t.

[5]) L. 8 § 5 D. de rel. 11, 7. — Die a° sepulcri violati ist, wie schon die Einordnung der Leichenberaubung (Anm. 1) zeigt, ihrem Prinzip nach iniurienrechtlich, vgl. auch L. 2 § 8 D. de sep. viol. 47, 12: scilicet ex iniuria quae facta est.

[6]) Landsberg a. a. O. S. 51. Anders wohl bei der eigentlichen mittelbaren Iniurie, Pernice S. 41 f.

[7]) Paulus 5, 4, 21.

[8]) Seneca Dial. 2, 11, 2.

[9]) Seneca 2, 15, 1.

die schon erwähnte Beschimpfung des jüngeren Cato mit den Worten schildert: tibi indignum videbatur, quod .... a rostris usque ad arcum Fabianum per seditiosae factionis manus traditus voces improbas et sputa et omnis alias insanae multitudinis contumelias pertulisset[1]. Bekannt ist die Szene, die der ersten Römischen Kaiserin passirte, die dann eine Bestrafung der Iniurianten mit den Worten ablehnte: für eine züchtige Frau sind solche Männer Statuen.

Wie sehr in derartigen Fällen das eigentlich Iniuriöse in der Störung des seelischen Gleichgewichts empfunden wurde, zeigt der mehrfach erwähnte Dialog Senecas nec iniuriam nec contumeliam accipere sapientem in seinem Zusammenhange. Dabei soll nicht verkannt werden, dass, wie die Philosophen überhaupt bei derartigen Erörterungen auf den Anschluss an das positiv geltende Recht keinen Werth legen, so insbesondere in dem vorliegenden Fall Senecas Auffassung auf seinen philosophischen Standpunkt, die Lehre der Stoa zurückzuführen ist, die freilich die römische Rechtsentwicklung mannigfach und z. Th. intensiv beeinflusst hat. Und so erscheint es nach unserem sonstigen Quellenmaterial nicht wahrscheinlich, dass Seneca sich prinzipiell im Gegensatz zu der Grundanschauung des Römischen Iniurienrechts befunden haben wird, wenn er in zahllosen Wiederholungen, in immer neuen Wendungen mit der geschwollenen Beredtsamkeit der Asianer darauf zurückkommt, für den Weisen gebe es keine Iniurie, nicht bloss weil diejenigen Dinge, in deren Verletzung Andere eine solche erblickten, ihm gleichgültig seien, sondern hauptsächlich weil er Alles, was äusserlich als Iniurie auftrete, mit vollem Gleichmuth der Seele aufnehme und es dadurch seines Charakters als Iniurie entkleide. So heisst es von Cato: cum illi os percussum esset, non excanduit, non vindicavit iniuriam, ne remisit quidem, sed factam negavit: maiore animo non agnovit quam ignovisset[2]. Dieser Gedankengang durchzieht den ganzen Aufsatz; er findet seinen vielleicht bemerkenswerthesten Ausdruck in der Erörterung, dass bei Durchschnittsmenschen die Iniurie eine Gemüthsbewegung

[1] Seneca 2, 1, 3.
[2] Seneca 2, 14, 3.

hervorrufe und sie dadurch „hindere": iniuriam nemo immota mente accipit, sed ad sensum eius perturbatur, caret autem perturbatione vir erectus . . . nam si tangit illum iniuria, et movet et inpedit[1]), d. h. zum Wohlbehagen ebenso wie zur normalen Thätigkeit gehört die Gemüthsruhe, die seelische Gesundheit neben der körperlichen: wird jene gestört, so wird der Mensch auch an der freien Entfaltung und Bethätigung seiner Persönlichkeit gehindert.

Dies ist der allgemeine Rahmen, innerhalb dessen wir nunmehr die Spezialedikte zu betrachten haben.

1. Das erste hatte nach Ulpian folgenden Wortlaut: Qui adversus bonos mores convicium cui fecisse [cuiusve opera factum esse] dicetur, [quo adversus bonos mores convicium fieret], in eum iudicium dabo[2]).

Die älteste Erklärung des convicium finden wir bei Festus: occentassit antiqui dicebant, quod nunc convicium fecerit decimus, quod id clare et cum quodam canore fit, ut procul exaudiri possit; quod turpe habetur, quia non sina causa fieri putatur[3]). Seine Schlussbemerkung führt ohne Weiteres zu der Annahme, dass der Inhalt dieser lauten Belästigung ursprünglich nicht in erster Linie als kränkend gedacht ist, da von einer solchen Kundgebung nicht wohl erst gesagt werden konnte, turpe habetur, quod non sine causa fieri putatur. Auch wäre es in diesem Falle nicht verständlich, weshalb man die mündliche von der schriftlichen Beleidigung, die zweifellos nicht zum convicium gehört, abtrennte und für die erstere ein besonders lautes „Anschreien" verlangte. Gemeint war also ursprünglich eine Belästigung der Sinne und zwar des Gehörsinnes durch „Erregung ruhestörenden Lärms", insbesondere durch laute gegen

[1]) Seneca 2, 9, 3.

[2]) L. 15 § 2 D. h. t. Die eingeklammerten Worte scheinen Interpolation zu sein, da Ulpian (§ 8 a. a. O.) den ursprünglichen Text extensiv interpretirt: fecisse convicium non tantum is videtur, qui vociferatus est, verum is quoque qui concitavit ad vociferationem alios vel qui summisit ut vociferentur. Möglich indessen auch obwohl unwahrscheinlich, dass diese Interpretation tralatizisch von Ulpian aus einer Zeit übernommen wurde, die den Zusatz zur Formel noch nicht enthielt.

[3]) Festus S. 181 ff.

den Anstand verstossende Kundgebungen: convicium a concitatione vel a conventu hoc est a collatione vocum. Dass es sich dabei um Aeusserungen kränkenden Inhalts handelte, brachte mehr die Natur der Sache mit sich als dass es zunächst im Begriffe gelegen hätte — auch heute sind es in der Regel nicht Complimente, die Einer dem Anderen besonders laut entgegenschreit — und so kam es, dass schliesslich das Convicium als besondere Form der Infamatio erschien. Was den Juristen vorschwebte, zeigt ihre Abgrenzung gegen die letztere deutlich: id solum (sc. maledictum) quod cum vociferatione dictum est, sive unus sive plures dixerint, quod in coetu dictum est, convicium est: quod autem non in coetu nec vociferatione dicitur, convicium non proprie dicitur sed infamandi causa dictum[1]). Diese Scheidung wäre unlogisch, wenn den Juristen das Moment der modernen Beleidigung von irgend ausschlaggebender Bedeutung für den Begriff gewesen wäre. Gedacht ist zunächst an Thatbestände, wie Katzenmusik und Haberfeldtreiben, und die fortgesetzte Betonung der Zusammenrottung — denn das ist unter coetus und conventus zu verstehn —, die bei den leges Juliae de vi wiederkehrt, findet ihre Erklärung in den von Seneca geschilderten, oben mitgetheilten Szenen, wie Cato a rostris usque ad arcum Fabianum per seditiosae factionis manus traditus voces improbas . . . . pertulisset. Von solchen Szenen konnte denn auch gesagt werden, dass sie ad infamiam vel invidiam alicuius spectant[2]): sie bringen den davon Betroffenen in die Lage, dem Publikum gegenüber in einer dem äusseren Anstand nicht entsprechenden, nicht würdevollen Weise aufzutreten und damit in eine ihn beschämende und für ihn peinliche Situation.

Charakteristisch für diesen Thatbestand des Convicium ist seine Abgrenzung gegen das alsbald zu erörternde Delikt der versuchten Verführung. Auch im Convicium kann ein Angriff auf die Geschlechtsehre liegen und in beiden Fällen gehört insoweit die Abwesenheit der Gewaltanwendung zum Thatbestand der Delikte: gerade der gewaltlose Angriff unterscheidet sie vom Versuch der Nothzucht, der nur dem General-

[1]) L. 15 § 11 f. D. h. t. (Ulpian).
[2]) L. 15 § 4 D. h. t.

edikt unterstellt werden konnte. In sich selbst aber sind beide Delikte völlig verschiedener, ja entgegengesetzter Natur. Der Versucher sucht sein Opfer durch einschmeichelndes Auftreten zu umgarnen und zu verlocken: beim convicium liegt der Angriff auf die Geschlechtsehre darin, dass die angegriffene Persönlichkeit durch laute und brutale Worte, die ihre Sittlichkeit herabsetzen, verletzt wird. In diesem Sinne unterscheidet auch Ulpian: appellare est blanda oratione alterius pudicitiam adtemptare: hoc enim non est convicium sed adversus bonos mores adtemptare. Qui turpibus verbis utitur, non temptat pudicitiam sed iniuriarum tenetur[1]. Werden Schmähungen im Beisein Dritter ausgestossen, so konnte damit der Ruf der angegriffenen Person untergraben werden: allein das ist nicht mehr der Thatbestand des Convicium sondern der Infamatio. Umgekehrt kann aber auch eine Beschimpfung in Gegenwart Dritter unter den Begriff des Convicium statt der Infamatio fallen, wenn dabei lediglich an die Belästigung des Angegriffenen gedacht wird, der plötzlich in eine ihn beschämende und verwirrende Situation gelangt, die durch die Anwesenheit Dritter für ihn noch peinlicher wird. Liegt dagegen der Schwerpunkt nicht in diesem subjektiven Moment, sondern darin, dass die Anwesenden diese Schimpfworte hören und der Angegriffene dadurch ins Gerede kommt, so liegt Infamation vor. Für das Convicium ist demnach charakteristisch die Störung des äusserlich würdigen Auftretens durch belästigendes Anschreien und die damit zusammenhängende zugleich physische und seelische Beeinträchtigung. Beides gehört zusammen, wie die beiden Seiten eines gewebten Teppichs. Die römische Matrone wie der seiner Stellung sich bewusste Römer traten mit würdevoller Ruhe auf, aber diese Ruhe war nur das äussere Kleid ihres seelischen Gleichgewichts.

2. Eine solche Störung der äusseren Würde wie des inneren Gleichgewichts finden wir denn in dem zweiten Spezialfall des Edikts, der Adtemptatio. Die Ediktsworte reconstruirt Lenel[2]) dahin:

---

[1]) L. 15 § 20 f. D. h. t.

[2]) Lenel S. 322.

si quis matrifamilias aut praetextato praetextataeve comitem abduxisse sive quis eum eamve adversus bonos mores appellasse adsectatusve esse dicetur . . . .

Das Delikt kann also durch Wegführung des Begleiters, durch unschickliches Anreden und unschickliches Nachfolgen begangen werden — Handlungen, die nicht bloss die äussere Würde der angegriffenen Person beeinträchtigen, sondern diese auch insofern wenigstens belästigen können, als eine unsittliche Zumuthung an eine sittliche Natur nothwendig eine Kränkung der letzteren einschliesst und der Thäter auch das Bewusstsein dieser Möglichkeit hat. Der als Convicium sich darstellende Angriff auf die Geschlechtsehre geschieht turpibus verbis. Der Thäter betrachtet sein Opfer als eine unmoralische Person oder benimmt sich so als ob sie es wäre und belästigt sie eben durch die Worte oder Handlungen, die diese Annahme zum Ausdruck bringen. Umgekehrt geht der Adtemptator regelmässig von der Annahme der geschlechtlichen Reinheit seines Opfers aus und sucht diese aus Begehrlichkeit in seinem Interesse zu vernichten [1]), indem er sein Opfer mit einschmeichelnden Worten, blanda oratione (L. 20 h. t.) umgarnt. Der Thäter hat demnach zwar das Bewusstsein, dass sein Vergehen generell eine Kränkung involvirt und dass es möglicherweise auch in dem concreten Falle kränkend wirkt — denn er muss damit rechnen, dass die angegriffene Person eine sittlich intacte Natur ist und als solche sich bewährt und empfindet —, er hat aber nicht den Willen, sie zu kränken. So stellen die römischen Juristen denn auch correct auf den Erfolg ab: entscheidend ist, cum id agitur, ut ex pudico impudicus fiat [2]), und deshalb ist das Delikt auch dann consumirt, wenn es sich gegen eine virgo veste ancillari oder eine femina non matronali sed meretricio habitu richtet [3]). Hier fehlt sogar das Bewusstsein einer möglichen Kränkung,

---

[1]) Die drei alternativen Thatbestandsmomente der Adtemptatio finden sich in Fausts Auftreten Grethchen gegenüber vereinigt, die adsectatio, blanda appellatio und die comitis abductio, letzteres in der Promenadenszene, während deren Martha Schwerdtlein durch Mephisto beschäftigt wird (L. 15 § 17 h. t.).

[2]) L. 9 § 4 L. 10 h. t.

[3]) L. 15 § 15 h. t.

nur der beabsichtigte oder eingetretene Erfolg der sittlichen Verschlechterung entscheidet[1]). Ist er eingetreten, so steht nicht dem Angegriffenen selbst, sondern nur dessen Gewalthaber die Klage zu, weil in soweit der Rechtssatz gilt: nulla iniuria fit in volentem. Allein auch bei der bloss versuchten und misslungenen Verführung wird nach der Natur der Sache die Klage regelmässig nicht dem direct Angegriffenen zustehen: die Ehefrau kann, der Praetextatus und die Prätextata werden regelmässig gewaltunterworfen sein[2]). Danach ergiebt sich als der eigentliche Kern des Delikts die Verletzung des Gewaltherrn durch Verführung seiner Gewaltuntergebenen, und es tritt dieses somit in unmittelbare Parallele zur actio de servo corrupto directa und utilis sowie zu den sonstigen Fällen der mittelbaren Iniurie.

3. Bei der a° de servo corrupto ist ursprüglich der rein vermögensrechtliche Gesichtspunkt festgehalten worden, der schon in den Edictsworten[3]) qui servum . . recepisse persuasisseve quid ei dicetur dolo malo, quo eum . . deteriorem faceret, scharf hervortritt und in der Auslegung bis zur — von Paulus abgelehnten — Annäherung an die lex Aquilia führte[4]). So wird der Ausschluss der Verführung von Hauskindern von Paulus damit begründet, quia servi corrupti constituta actio est, qui in patrimonio nostro esset et pauperiorem se factum esse dominus probare potest, dignitate et fama domus integra manente[5]). Aber das Bewusstsein der Analogie mit der mittelbaren Iniurie war doch so lebendig, dass es zur Annahme des Putativdelikts in dem Falle führte, dass Jemand einen Sklaven verführt, den er irrig für frei hielt: maius enim delinquit, qui liberum putans corrumpit et ideo, si servus fuerit, tenebitur[6]). Von da bis zur Ausdehnung der Klage als utilis auf die Verführung von Hauskindern war der Weg nicht weit, und schon bei Paulus finden wir ihn zurückgelegt[7]). Diese Ausdehnung

[1]) Pernice S. 31.
[2]) L. 1 § 9 D. h. t.
[3]) Lenel S. 134.
[4]) L. 3 § 1 L. 4 D. de servo corr. 11, 3.
[5]) L. 14 § 1 D. eod.
[6]) L. 5 § 1 D. eod. Anderer Ansicht war Mela L. 15 § 45 D. h. t.
[7]) L. 14 § 1 eod.

war ebenso wie die Schaffung der direkten Klage nothwendig, weil die klassischen Juristen rechtsgrundsätzlich die Zulassung der mittelbaren Injurienklage davon abhängig machen, dass der Thäter sich bewusst ist, mit seinem Vorgehen dem Herrn „einen Tort anzuthun." Deshalb muss die Iniurie ad sugillationem domini, sic ut domino faceret, ad contumeliam domini geschehen sein[1]). Jnterdum, sagt Ulpian, iniuria servo facta ad dominum redundat, interdum non, und er führt als Beispiel der zweiten Alternative den Fall an, dass man einen Sklaven züchtigt, als dessen Herrn man einen Anderen irrig annimmt, non caesurus eum, si meum scisset[2]). Dabei wird der Animus iniuriandi bei schweren Injurien gegen Sklaven und bei jeder Injurie gegen Gewaltunterworfene regelmässig in dem Wissen um das concrete Gewaltverhältniss und die Person des Gewalthabers gefunden: die Unkenntniss des letzteren exculpirt von der Iniurienklage, soweit anzunehmen ist, dass die Iniurie bei Kenntniss des wahren Herrn nicht erfolgt wäre. Bei der a° de servo greift diese Entschuldigung nicht durch: hier entscheidet der bloss thatsächliche Erfolg der Verschlechterung und der dem Herrn bezw. Gewalthaber dadurch zugefügten Unbill. So wird Paulus zu verstehen sein: Si quis servum meum vel filium ludibrio habeat licet consentientem, tamen ego iniuriam videor accipere: veluti si in popinam duxerit illum si alea luserit. sed hoc utcunque tunc locum habere potest, quotiens ille qui suadet animum iniuriae faciendae habet. atquin potest malum consilium dare et qui dominum ignoret: et ideo incipit servi corrupti actio necessaria esse[3]). Die objective Verschlechterung des Sklaven begründet also als solche die a° de servo corrupto, die von der Aquilia abgezweigt wurde, als das Bewusstsein sich Bahn brach, dass die Möglichkeit der Sklavenverführung eben auf der Existenz dessen beruhte, was der Sklave vor anderem Sacheigenthum voraus hatte: das verfeinerte sittliche Gefühl sträubte sich dagegen, die Corruption des Sklaven ebenso zu behandeln, wie etwa das Störrigmachen eines Pferdes.

---

[1]) L. 15 §§ 35, 46, 48 h. t.
[2]) L. 15 § 45 h. t.
[3]) L. 26 h. t.

Aus dieser singulären Beschaffenheit des Angriffsobjectes ergab sich aber auch die weitere Consequenz, dass die Sklaveniniurie regelmässig d. h. bei Kenntniss des Herrn durch den Thäter ersteren in ganz anderer Weise in Mitleidenschaft zog als die gewöhnliche Sachbeschädigung: sein Herrenrecht selber wurde angetastet, wenn man diejenigen angriff, die seinem Schutzrecht und seiner Schutzpflicht unterstellt waren[1]. Dass diese Auffassung bei Iniurirung von Hauskindern unvergleichlich schärfer hervortreten musste, ist klar: ihre Corruption nostrum pudorem pertingit[2] und dann am meisten, wenn das Werk des Verführers gelungen, der Sohn in die ihn entwürdigende Handlung z. B. den Verkauf als Sklave eingewilligt hat. Misslingt die Verführung, so bleibt als objectives Resultat gegenüber dem direct Iniuriirten die durch den Versuch hervorgebrachte Belästigung (Kränkung) übrig, während aus der Körperverletzung die Deterioration des körperlichen Organismus analog resultirt wie aus der (geglückten) Verführung die der Seele. So finden wir in der Adtemptatio pudicitiae als dem wichtigsten Spezialfall und den ihr parallelen Thatbeständen der mittelbaren Iniurie denselben Dualismus ausgeprägt, der der Erfassung und Darstellung der unmittelbaren Iniurie nicht gewöhnliche Schwierigkeiten entgegensetzt. Das Herrenrecht des Gewalthabers und damit das Bewusstsein seiner Machtstellung — sie war bekanntlich dem Sklaven und lange Zeit auch dem Haussohn gegenüber enorm weitreichend — wird verletzt und in dem Herrn das Gefühl der Indignation, der Entrüstung und Empörung erregt, wenn man die Person eines seiner Gewaltunterworfenen sei es in ihrem Körper sei es in ihrer Seele deteriorirt.

Damit ist aber auch das Wesen der unmittelbaren Iniurie schon umgrenzt. Wie der Körper so kann auch die Seele Angriffsobject der Iniurie sein: nur dass die letztere, wenn sie als Corruption sich darstellt von dem Verletzten, falls sie gelungen ist, nicht gerügt werden kann: in volentem nulla iniuria. Ist sie misslungen, so bleibt die Kränkung über den Versuch, die durch ihn hervorgerufene Entrüstung und Empörung übrig: sie stellt

[1] L. 1 § 3 h. t. vel potestati vel affectui nostro subiecti.
[2] L. 1 § 5 h. t.

sich als Trübung des seelischen Gleichgewichts, als eine Verletzung der Seele in ihrem gesunden, normalen Zustande analog dar wie die Verwundung als eine Verletzung des Körpers. Dieser Angriff auf die Psyche kann aber selbstverständlich nicht bloss durch den Versuch der Verführung erfolgen: ja es ist nicht einmal wahrscheinlich, dass dieser den Ausgangspunkt gebildet hat. Schon bei dem Convicium fanden wir eine Verletzung der Psyche durch brutales Anschreien, und von vorneherein ist klar, dass, wie schon hervorgehoben wurde, der zugleich älteste und Normalfall der Iniurie, die körperliche Misshandlung, z. B. die Ohrfeige, in dem Getroffenen neben dem physischen Schmerz, der fortfallen kann, eine tiefe seelische Erregung, Scham, Zorn und Empörung, also eine Beeinträchtigung der Psyche hervorrufen muss, wie diese denn überhaupt in dem Lebenden mit dem Körper untrennbar verbunden ist. Es wird dies von jeder Gewaltanwendung gegen die Person gelten, auch wenn sie sich nicht in eine körperliche Misshandlung umsetzt: Freiheitsberaubung[1]) und Nöthigung fallen darunter ebenso wie die Bedrohung, die wir bereits in dem Generaledict wegen des damit verbundenen körperlich-seelischen Missbehagens dem Iniurienbegriff unterstellt fanden, während andererseits die mehr oder weniger gewaltsamen Eingriffe in die persönliche Bewegungsfreiheit und Selbstbestimmung, die sich mit der Besitzstörung eng berühren, so weit sie nicht durch die Plotisch-Julischen Gewaltgesetze dem Criminalrecht eingereiht wurden, grundsätzlich als Iniurienfälle aufzufassen und von den römischen Juristen auch aufgefasst sind. Als Formel der Iniuria ergiebt sich demnach: die Verletzung der Persönlichkeit in ihrer körperlichen und seelischen Integrität, von denen die letztere auch die Freiheit der Bewegung und Bethätigung, der allgemeinen wie der individuellen umfasst.

4. Eine weitere Strahlenbrechung dieses Prinzips finden wir in dem vierten Spezialedict, dem über Infamatio. Die einleitenden Worte lauteten allgemein: Ne quid infamandi causa

---

[1]) Mommsen S. 793 Anm. 7. In republikanischer Zeit wurde wohl auch die Nothzucht als Iniuria aufgefasst. Mommsen S. 792, vgl. Coll. 5, 2, 1 und L. 3 § 4 ad l. J. 48, 7.

fiat. si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam[1]). Leider ist die zugehörige Formel an der entscheidenden Stelle in unserer Ueberlieferung (Coll. II, 6, 5) verstümmelt: Quod Ns Ns illum immisit[2]) Ao Ao infamandi causa. Ueber die Natur des Delikts[3]) aber kann trotzdem nach dem erhaltenen Material zumal aus den Edictcommentaren kaum ein Zweifel obwalten. Wie es für die Adtemptatio pudicitiae entscheidend ist, dass aus dem pudicus ein impudicus wird oder, da die römische Theorie den Versuch dem vollendeten Delikt gleichzustellen geneigt ist, werden soll, so umfasst das Infamationsedict Alles, wodurch Jemand infam wird: quodcunque quis fecerit vel dixerit ut alium infamet[4]). Darin ist nicht bloss die ignominia wie die levis notae macula und schliesslich jedes ins Gerede bringen inbegriffen, sondern darüber hinaus auch die Verschlechterung schlechthin[5]), sodass der Begriff infamare nahezu an corrumpere heranstreift und die Deterioration des Menschen als Correlat zur Sachbeschädigung erscheint.

Dem entspricht es auch, dass wir die Entwicklung des Edikts aus dem vorhergehenden noch verfolgen können. Labeo unterscheidet gelegentlich die iniuria ad dignitatem pertinens, cum comes matronae abducitur von der ad infamiam pertinens, cum pudicitia adtemptatur[6]), und Ulpian bemerkt zu der Worterklärung: adsectatur, qui tacitus frequenter sequitur: adsiduo enim frequentia quasi praebet nonnullam infamiam[7]). Dieser letztere Fall der versuchten Verführung spielt sich seiner Natur nach in der Oeffentlichkeit ab und kann deshalb den Ruf der angegriffenen Person untergraben oder diese doch ins Gerede bringen, insofern die Annahme möglich ist, dass sie ein solches Benehmen herausgefordert hat oder nicht ungern sieht. Auch bei

[1]) Lenel S. 323.

[2]) Sillum Arnaud und Blume, sibilum Huschke, fimum Lenel, libellum misit Mommsen.

[3]) Znm Folgenden Pernice S. 32 ff.

[4]) L. 15 § 27 h. t.

[5]) Belege für den Gebrauch des Wortes infamare durch Nichtjuristen bei Pernice S. 26 Anm. 1.

[6]) L. 1 § 2 h. t.

[7]) L. 15 § 22 h. t.

uns wird das Urtheil der öffentlichen Meinung bei solchen Anlässen in dem Verdacht Ausdruck finden, dass dergleichen eigentlich doch nicht Jedem passiren könne. In dieser objektiven Deterioration des Angegriffenen, insbesondere auch durch Herbeiführung der Ignominia oder der Infamie liegt aber auch dasjenige Moment, das die Brücke von dem Infamationsedikt zur generellen Iniuria bildet, und so ist es ohne Weiteres verständlich, dass noch Labeo sich über die Aufstellung des vierten Edikts wundern konnte, da die Infamation doch in dem Generaledikt enthalten sei [1]). Darauf beruht es auch, dass, soweit die Reihenfolge der Excerpte keinen Aufschluss giebt, die Vertheilung zahlreicher Deliktsthatbestände unter das General- und Infamationsedikt zweifelhaft bleibt. Mit diesem letzteren Edikt war der Ring geschlossen, der von der ursprünglichen Iniurie über das Convicium zur Verführung und von dieser über die Infamation wieder zum Generaledikt zurückführte.

Erwägt man die schweren Wirkungen, die die Infamie zunächst thatsächlich und dann meist auch rechtlich auf die von ihr Betroffenen ausübte [2]), so kann die Empfindlichkeit nicht überraschen, mit der das Iniurienrecht gegen alle Thatbestände reagirte, in denen der directe oder indirekte Versuch einer Herbeiführung der Infamie oder auch nur der Ignominia gefunden werden konnte. Wer die Fähigkeit Aemter zu bekleiden und in der Volksversammlung zu stimmen von Rechtswegen verloren hatte und gleicherweise in der Fähigkeit zu postuliren, als Stellvertreter eines Andern aufzutreten und theilweise auch in derjenigen einen Prozess für sich durch Andere führen zu lassen beschränkt war — von der der Entziehung des Commercium ursprünglich gleichkommenden Intestabilität ganz abgesehen — von dem konnte Cicero mit Recht sagen: si fieri potest, infra etiam mortuos amendatur. Das Generaledikt unterstellte es schon dem Iniurienrecht, wenn Jemand in der concreten Ausübung bestimmter einzelner Befugnisse, die aus dem öffentlichen Recht flossen, gehindert wurde wie in mari piscari, in publico lavare, in cavea publica

[1]) L. 15 § 26 h. t.
[2]) Pernice Bd. 1 S. 240 ff.

sedere[1]) und stellte dem die Verhinderung in der Ausübung privatrechtlicher Befugnisse in einzelnen Fällen gleich: durch Herbeiführung der Infamie aber wurde nicht die concrete Ausübung einer einzelnen Befugniss in einem einzelnen Falle gehindert, sondern dauernd ja lebenslänglich die Ausübung umfassenden Inbegriffe der denkbar wichtigsten Befugnisse in kränkender Weise unmöglich gemacht! Aber auch die blosse Ignominia konnte vermöge der weitgehenden censorischen Befugnisse zu dem gleichen Resultat führen: jeder Versuch sie herbeizuführen war deshalb auch eine Antastung der Handlungsfreiheit oder doch eine Gefahr für deren ungehinderte Bethätigung. In diesen Rahmen fügt sich das Infamationsedikt zwanglos ein. Die Casuistik der Digesten hebt aus der an sich unbegrenzten Zahl der Infamationsfälle mit besonderer Ausführlichkeit mit Rücksicht auf die infamirende Wirkung des Concurses die auf das Schuldrecht bezüglichen hervor. Die Stimmung, aus der heraus jene Delikte zu beurtheilen sind, schildert anschaulich Cicero in seiner Rede für Quinctius[2]). Wieviel man hier auch von der rhetorisch gefärbten Darstellung abziehen mag, sie ergiebt jedenfalls soviel, dass die Infamie gerade des Cridars vielleicht noch schwerer als andere Formen empfunden wurde, weil die mit dem Concurs verbundenen

---

[1]) L. 13 § 7 h. t.

[2]) Cic. pro Quinctio 15, 49 ff.: cuius vero bona venierunt, cuius non modo illae amplissimae fortunae sed etiam victus vestitusque necessarius sub praecone cum dedecore subiectus est: is non modo ex numero vivorum exturbatur, sed si fieri potest infra etiam mortuos amendatur. Ergo hercle, cuius bona ex edicto possidentur, huius omnis fama et existimatio cum bonis simul possidetur: de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur, huic ne perire quidem tacite obscureque conceditur: cui magistri fiunt et domini constituuntur, qui qua lege et conditione pereat pronuntient: de quo homine praeconis vox predicat et pretium conficit, huic acerbissimum vivo videntique funus ducitur, si funus id habendum sit, quo non amici conveniunt ad oxsequias cohonestandos, sed bonorum emtores ut carnefices ad reliquias vitae lacerandas et distrahendas . . . . Iugulare civem ne iure quidem quisquam bonus vult: mavult enim commemorare, se cum posset perdere, pepercisse quam cum parcere potuerit, perdidisse. haec in homines alienissimos denique inimicissimos viri boni faciunt et hominum existimationis et communis humanitatis causa.

Massregeln, der offene Arrest, das öffentliche Ausschreiben, die Wahl des Vermögensverwalters einen ausserordentlich schweren Eingriff in die Selbstständigkeit des Schuldners bedingten, während diesem andrerseits schon durch die Entziehung des gesammten Vermögens jede Möglichkeit der Fortsetzung seiner bisherigen Lebensweise genommen wurde. Insofern enthält die rechtswidrige Herbeiführung der missio in bona, selbst abgesehen von der damit verbundenen Infamie, den denkbar schwersten Eingriff in die selbstständige Lebensführung, ja überhaupt in die Lebensführung des davon Betroffenen: er war mit einem Schlage dem äussersten Elend preisgegeben und das von Rechtswegen, d. h. durch Missbrauch einer juristischen Prozedur.

Den Versuch einer rechtswidrigen Herbeiführung des regulären Concursus omnium bonorum finden wir in den Quellen nur soweit angedeutet, als Gaius es allgemein zu den Iniurienfällen rechnet, si quis bona alicuius quasi debitoris sciens eum nihil sibi debere proscripsrrit[1]). Ausführlich wird die praetorische missio in possessionem hereditatis als Iniurienfall von Ulpian erörtert[2]). Die Erbschaftsgläubiger können wenn der Erbe „suspect" d. h. in diesem Falle vermögenslos ist, causa cognita Sicherstellung verlangen. Unterbleibt die letztere, so erfolgt die praetorische Besitzeinweisung in bona hereditatis mit demnächstiger Verkaufserlaubniss. Doch soll, wenn der Erbe abgesehen von seiner Vermögenslosigkeit zu keinem Bedenken Anlass giebt und die Erbschaft intact erhalten hat, ein praetorisches Veräusserungsgebot genügen (inbeat eum nihil minuere). Quod si — schliesst Ulpian — nec inopia laborantem eum creditores ostendere potuerint, iniuriarum actione ei tenebuntur.

Auf ein solches Veräusserungsverbot, das auch bei bevorstehenden hereditatis petitio ergehn kann[3]), bezieht sich, wie Lenel[4]) gezeigt hat, die Bemerkung Ulpians (L. 24 h. t.): si quis pro-

[1]) Gaius 3, 220.
[2]) L. 31 D. de rebus auctor. iud. 42, 5.
[3]) L. 5 pr. D. de her. pet. 5, 3.
[4]) Ulpian 537 Lenel. Der Beweis liegt in der Inscription. Vgl. Pernice in der Zeitschrift der Savignystiftung Bd. 14 S. 175 f.

prium servum distrahere prohibetur [a quolibet][1]), iniuriarum experiri potest. Wenn hier das von dem Erbschaftsgläubiger erwirkte praetorische Veräusserungsverbot als ein distrahere prohibere der Gläubiger bezeichnet werden kann, so ist es an sich nicht ausgeschlossen, dass derselbe Schriftsteller mit dem wohl absichtlich untechnisch gewählten Ausdruck occupare ursprünglich das analoge Verhältniss der praetorischen missio in possessionem des Gläubigers bezeichnet hat. Dann würde die viel erörterte Bestimmung: si quis bona alicuius vel rem unam per iniuriam occupaverit[2]) hierher gehören und insbesondere auch der Zusammenhang mit den bei Ulpian unmittelbar folgenden Thatbeständen: item si quis pignus proscripserit venditurus, tamquam a me acceperit, infamandi mei causa, Servius ait injuriarum agi posse und si quis non debitorem quasi debitorem appellaverit iniuriae faciendae causa, injuriarum tenetur gewahrt sein[3]). Der Parallelismus der beiden letzterwähnten Fälle leuchtet ohne Weiteres ein. Wurde bei der missio in bona bezw. in rem und bei dem Veräusserungsverbot der Verletzte durch Missbrauch eines prozessualen Rechtsbehelfs in einer für ihn kränkenden Weise in der Disposition über sein Vermögen behindert und gleichzeitig dadurch in eine für ihn beschämende und unwürdige Situation gebracht, so liegt bei der Schuldfiction das Kränkende darin, dass auf diesem Wege sich Jemand als Gläubiger eines Anderen, vielleicht social hoch über ihm Stehenden, aufspielt und diesen zugleich in den Verdacht bringt, als wolle oder könne er seinen pekuniären Verpflichtungen nicht nachkommen. Schon die Behauptung eines concreten Darlehnsverhältnisses kann den angeblichen Schuldner herabwürdigen: man unterstelle, dass ein Kellner in einem besseren Restaurant oder

[1]) Offenbar eine Interpolation, die dadurch nöthig wurde, dass die Compilatoren den Fall von seiner speziellen Beziehung loslösen und verallgemeinern wollten, vgl. § 8.

[2]) L. 15 § 31 h. t.

[3]) L. 15 § 32 f. h. t. Pernice S. 38 fasst den Fall der L. 15 § 31 wie den in L. 20: signatio domus absentis debitoris sine auctoritate eius, qui concedendi ius potestatemque habuit mit Cuiacius als Beispiele erlaubter Selbsthilfe (Perclusion) auf, deren objective Voraussetzungen etwa durch Zahlung oder Sicherstellung fortgefallen sind.

der Portier eines gleichen Hotels den dort verkehrenden Gästen Geld geborgt zu haben behauptet. So kam man von der proscriptio bonorum als Theil des Concursverfahrens zu der den gleichen Eclat der Oeffentlichkeit mit sich bringenden proscriptio pignoris, und von der Fiction eines sachenrechtlichen zu der des obligatorischen Schuldverhältnisses. Auch dabei ist die an das Edict anknüpfende Casuistik nicht stehen geblieben. So gehört es zu den Infamationsfällen, wenn der Gläubiger in iniuriam des zahlungsfähigen und -willigen Schuldners dessen Bürgen in Anspruch nimmt[1]), sowie die Ablehnung des zweifellos geeigneten Vindex[2]) eine Klage des letzteren wie des in ius Vozirten begründet[3]). Auch die chikanöse in ius Vocatio selbst kann unter Umständen hierher gehören[4]).

Die Herbeiführung der Ignominia und die damit zusammenfallende Kränkung kann aber naturgemäss auch ausserhalb des Schuldrechts und zwar auf so verschiedenartige Weise erfolgen, dass jede Casuistik immer nur eine Exemplification bleibt. Die Quellen erwähnen als Fälle der Herabsetzung eines Anderen, insbesondere auch dadurch dass man ihn ins Gerede bringt, die venditio sententiae[5]), das Anlegen von Trauerkleidern aus scheinbarem Mitgefühl für einen Angeklagten[6]), gegen den damit offenbar Stimmung gemacht und dessen Verurtheilung dadurch erleichtert werden sollte[7]), die Zuflucht zur Bildsäule des Kaisers, um sich vor angeblicher Gewalt zu schützen[8]) sowie die verläumderische Eingabe beim Kaiser oder einer Behörde[9]). In den beiden letzten Fällen handelte es sich

[1]) L. 19 h. t.

[2]) Lenel Ed. S. 53 ff.

[3]) L. 15 § 1 qui satisdare 2, 8.

[4]) L. 13 § 3 h. t.

[5]) L. 15 § 30 h. t. Paul. 5, 25, 13.

[6]) Als symbolische Form der Anklage erscheint das Anlegen von Trauerkleidern bei Seneca (contr. 10, 1, 30): der Sohn eines Ermordeten geht dem angeblichen Mörder in dieser Tracht überall nach, bringt ihn damit in den Verdacht des Mordes — als einziges Indicium lag vor, dass der angebliche Mörder reich und der Ermordete nicht beraubt war — und erreicht es dadurch, dass Jener bei der Wahl zu einer Ehrenstelle durchfällt.

[7]) L. 15 § 27 L. 39 h. t.

[8]) L. 38 h. t. L. 28 § 7 de poenis 48, 19. L. 5 D. de extraord. crim. 47, 11. L. un. Cod. Theod. 9, 44.

[9]) L. 15 § 29 h. t.

offenbar darum, den stets bereiten Argwohn der römischen Caesaren auf ein unschuldiges Opfer zu lenken: wie empfindlich das römische Bewusstsein gegen die in der falschen Anschuldigung liegende Gefahr schon von Alters her gewesen ist, zeigt die bereits in republikanischer Zeit erfolgte Abzweigung des Calumnienrechts von der Iniuria [1]). Von diesem Thatbestand hat dann auch die kaiserliche Gesetzgebung über Schmähschriften ihren Ausgangspunkt genommen [2]).

Als eine potenzirte Verschärfung des Delikts der Infamirung erscheint endlich die assertio in servitutem in demselben Masse wie die capitis deminutio maxima der nächsten Stufe an Schwere und Tragweite überlegen ist [3]). So wird denn die wissentliche petitio in servitutem abgesehen von dem Fall der drohenden Eviction als Iniurie angesehen [4]).

5. Die wichtigsten Abzweigungen von dem Generaledict sind vorstehend dargelegt und im Einzelnen auch auf den inneren Zusammenhang mit dem letzteren hingewiesen, dessen wesentlichste Elemente somit gleichfalls wenigstens andeutungsweise zur Erörterung gelangt sind. Insbesondere ergab sich auch anlässlich der Besitznahme durch rechtswidrige Concurserwirkung wie durch Selbsthilfe die Erscheinung, dass grundsätzlich die Hinderung in dem Gebrauch von öffentlichem und Privateigenthum in einem bis jetzt noch nicht näher erörterten Umfange als Eingriff in die Bewegungs- und Bethätigungsfreiheit dem Generaledict über Iniurien unterstellt war. Dieser Complex von Thatbeständen, wohl der schwierigste Theil des

---

1) Durch die lex Remmia, vgl. Raspe, Calumnia S. 26 ff.

2) Das Nähere in § 7.

3) Darüber, dass zumal in älterer Zeit die Infamie als capitis deminutio erscheinen konnte, vgl. Puchta, Institutionen 2 S. 120 Anm. ff. Darüber hinaus wird man die Tragweite der Lehre vom caput für das Iniurienrecht nicht überschätzen dürfen: die Casuistik der Quellen macht mit verschwindenden Ausnahmen — Störung im Theaterbesuch und dgl. — die Bürgerrechtsqualität des Verletzten nicht zur materiellen Voraussetzung des Delikts. Auch der Latiner z. B. konnte bei Vorhandensein der prozessualen Voraussetzungen die Störung in der Benutzung der öffentlichen Wege mit der Deliktsklage abwehren, während andrerseits auch das Provinzialedict analoge Bestimmungen über das Iniurienrecht enthalten haben wird (vgl. Cic. in Verr. 2, 27, 66).

4) L. 12 h. t. L. 26 D. de lib. causa 40, 12.

Iniurienrechts überhaupt, ist nunmehr im Einzelnen zu prüfen, nachdem zunächst noch einzelne leges fugitivae erwähnt sind, deren Einreihung unter das Infamations- bezw. das Generaledict zweifelhaft erscheint, deren Auffassung im Sinne des Systems aber trotzdem ziemlich sicher ist — auch dies ein Beweis für den nahen Zusammenhang beider Edicte.

Bei der Untersuchung der angeblich Schwangeren [1]) wird man das Iniuriöse darin sehen dürfen, dass die Wittwe durch einen legalen Zwang genöthigt wird, sich eine Verletzung ihrer man könnte sagen körperlichen Würde durch ein „derartig widerwärtiges Verfahren“ [2]) gefallen zu lassen.

Schwieriger liegt der iuristischen Auffassung nach der Fall der unbefugten Testamentsverlesung.

Ulpian wirft zu Eingang der l. 41 d. ad l. Aquil. 9, 2 die Frage auf, siquis testamentum deleverit, an damni iniuriae actio competat. Er referirt die verneinende Ansicht von Marcellus, die dieser auf die Unmöglichkeit der Schadensabschätzung begründet und setzt dem als eigene Ansicht entgegen: in testatore qnidem hoc esse verum, quia quod interest eius aestimari non potest, verum tamen in herede vel legatariis diversum, quibus testamenta paene chirographa sunt. ibidem Marcellus scribit chirographo deleto competere legis Aquiliae actionem. sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit vel pluribus praesentibus legerit, utilius est, in factnm et iniuriarum agi, si iniuriae faciendae causa secreta iudiciorum publicavit. Es folgt ein kurzes Referat über die Auffassung von Pomponius, wonach die Vernichtung eines Testaments regelmässig ein furtum weil animo furti faciendi geschehen darstellen und sich als Sachbeschädigung nur bei Vorliegen der blossen Schädigungsabsicht qualifiziren wird. In der unmittelbar folgenden L. 42 erachtet Julian bei Vernichtung eines deponirten Testaments oder einer sonstigen Urkunde ita ut legi non possit die actiones depositi, ad exhibendum und legis Aquiliae als gegeben.

Unser Fall wird weiterhin von Ulpian noch einmal im Zusammenhange des Depositalrechts erörtert [3]): si quis tabnlas

[1]) L. 1 § 8 D. de inspic. ventre 25, 4.
[2]) Pernice S. 40.
[3]) L. 1 § 38 dep. vel contra 16, 3.

testamenti apud se depositos pluribus praesentibus legit, ait Labeo depositi actione recte de tabulis agi posse. ego arbitror, et iniuriarum agi posse, si hoc animo recitatum testamentum est quibusdam praesentibus, ut iudicia secreta eius qui testatus est, divolgarentur.

Endlich stellt derselbe Ulpian für einen analogen Thatbestand noch eine weitere Klage zur Verfügung: siquis tabulas testamenti apud se depositas post mortem testatoris delevit, vel alio modo corruperit, heres scriptus habebit adversus eum actionem de dolo. sed et his quibus legata data sunt, danda erit de dolo actio [1]).

Beachtet man, dass jedes Testament durch Eröffnung bei Lebzeiten des Testators ungültig wird, so ergiebt sich aus dem Quellenmaterial Folgendes: Die Vernichtung der Testaments**urkunde** als solcher begründet zunächst die Aquilische Klage: diese wird aber nach ihrer gesetzlichen Fassung regelmässig unpraktisch sein. Ihr Interesse werden Testamentserbe und Legatare unter diesen Umständen nur durch die a° doli erlangen, diese aber bei Lebzeiten des Testators nicht anstellen können, weil das Interesse sich dann noch nicht feststellen lässt. Der Testator kann das Testament falls er die Sachlage erfährt erneuern und die Nichterneuerung kann als zulässiger Widerruf, vor dem die Bedachten ohnehin nicht sicher sind, erscheinen. Ist die Vernichtung in Bereicherungsabsicht geschehn, zum Beispiel durch den Intestaterben, der damit die Legatare um ihre Vermächtnisse bringen und sich den ganzen Nachlass sichern will, so liegt Diebstahl vor. Ist das Testament aber noch vorhanden, so können Erben und Legatare mit dem Interdictum de tabulis exhibendis gegen den Besitzer oder den qui dolo malo non habet vorgehen [2]), der Testator selbst mit der a° ad exhibendum und Vindication.

Alles dieses betrifft die sachen- und vermögensrechtliche Seite des Falles, von der der Testator selbst regelmässig nicht berührt werden wird. Für ihn liegt das Iniuriöse bei der unbefugten [3])

[1]) L. 35 D. de dolo malo 4, 3.

[2]) L. 1 § 10 D. de tab. exhib. 43, 5.

[3]) Sie kann auch bona fide geschehen, z. B. wenn der Depositar, durch eine falsche Todesnachricht getäuscht, um den Anstalten des Intestaterben

Oeffnung[1]) und bezw. Vorlesung des Testaments in zwei verschiedenen Richtungen. Die Eröffnung macht das Testament nichtig und muss deshalb, wenn der Testator dies nicht rechtzeitig erfährt, die Folge haben, dass Intestaterbfolge eintritt, die Legate etc. fortfallen, und sein Vermögen daher an Leute kommt, denen er es nicht zuwenden wollte, überhaupt alle seine diesbezüglichen Anordnungen z. B. über sein Begräbniss fortfallen. Ein schwererer Eingriff in das Verfügungsrecht des Testators über sein Vermögen lässt sich nicht wohl denken. Es ist nicht sowohl eine Hinderung als eine Vereitlung seiner gesammten Dispositionsbefugniss und der Fall stellt sich in soweit als eine Steigerung der bereits besprochenen Eingriffe in das Verfügungsrecht über einzelne Vermögensstücke oder auch das ganze Vermögen dar. Davon abgesehn aber wird die Iniurie auch in der Indiscretion als solcher gefunden werden dürfen. Testamente haben in soweit eine gewisse Aehnlichkeit mit Memoiren und anderen Schriften, die man zum Erscheinen nach seinem Tode bestimmt hat: man spricht in ihnen das Letzte aus, was man auf Erden noch zu sagen hat und lässt vielleicht Rücksichten fallen, die man lebend zu nehmen sich verpflichtet hält. Gerade in der römischen Kaiserzeit ist davon überreicher Gebrauch gemacht worden. Der bei Lebzeiten ohnmächtige Hass der Unzufriedenen entlud sich über das Grab hinaus, und es entstand eine eigene Litteratur in fingirter Codizillarform abgefasster Pasquille[2]). Jedenfalls konnte die Testamentspublication bei Lebzeiten des Testators diesen unter Umständen in empfindlicher Weise blossstellen.

Charakteristisch aber für die römische Auffassung erscheint es, dass wir die vorzeitige Publikation dieser secreta iudicia nicht schlechthin sondern nur die durch den Depositar der Iniurienklage unterstellt finden, dass die letztere danach an-

---

zu begegnen, im Sinne des vermeintlich Verstorbenen zu handeln glaubt, wenn er das Testament publizirt, oder es ist Jemand de maiestate angeklagt und sein Freund publizirt das ihm inhaltlich bekannte Testament, in dem der Kaiser zum Erben eingesetzt ist.

[1]) Auch die Verlesung nur der scriptura exterior wäre denkbar, Pernice S. 40.

[2]) Tacitus ab excessu D. A. 14, 50.

scheinend cessirt, wenn ein Dritter, in dessen Hände das Testament durch irgend einen Zufall gelangt ist, die Indiscretion begeht. Sie wird aufgefasst als Vertrauensbruch und deshalb nur da geahndet, wo eine Treupflicht vorlag, wie dies bei dem Depositalvertrage nach dessen besonderer Natur zutrifft[1]). Darauf beruht es auch, dass die Mittheilung von Privatgeheimnissen aus Briefen durch den Adressaten, deren Unbequemlichkeit in Rom sehr lebhaft empfunden wurde, keine Iniurienklage begründete. Der Adressat war Eigenthümer des Briefes geworden und zur Geheimhaltung seines Inhalts im gegebenen Falle wohl durch eine moralische, in Ermangelung besonderer Umstände aber nicht durch eine Rechtspflicht verbunden. Den Begriff des sog. geistigen Eigenthums hat das römische Volks- und Rechtsgefühl wohl leise geahnt, aber nicht mit vollem Bewusstsein und nicht in seinen Consequenzen durchgeführt. Das Recht am Inhalt des Briefs fiel mit dem Eigenthum am Briefkörper wie überhaupt bei Schriftstücken zusammen, und es konnte dem Missbrauch durch den Sacheigenthümer daher nicht entgegengetreten werden. Davon abgesehen bietet der erörterte Fall eine interessante und praktisch wichtige Besonderheit insofern als hier die Iniuria im Rahmen eines Vertragsverhältnisses erscheint. Dass dies im römischen Recht relativ selten ist, beruht auf der Eigenthümlichkeit der bonae fidei Obligationen, die als solche die pönale Funktion der Iniurienklage in sich aufzunehmen fähig sind.

§ 5.

Die Besitzklage und das Generaledikt.

Es ist nunmehr das Verhältniss der Iniurienklage zu den Rechtsmitteln zu erörtern, die den Schutz des Benutzungsrechts bezw. der Verfügungsmacht über öffentliches oder Privateigenthum bezwecken[2]).

---

[1]) Pernice in der Zeitschrift der Savignystiftung Bd. 9 S. 228 ff.

[2]) v. Ihering, Rechtsschutz gegen iniuriöse Rechtsverletzungen, jetzt in Ges. Abhandlungen Bd. 3 S. 233 ff., bes. S. 298 ff.

1. Zum Schutz des Gebrauchsrechts an dem Gemeineigenthum besteht zunächst das Interdikt ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur [1]), das durch die analogen Verbote bezüglich öffentlicher Wege [2]), zumal soweit ihre Benutzbarkeit beeinträchtigt ist [3]), ergänzt wird. Dazu kommen das Interdikt über die Reparatur eines öffentlichen Weges [4]) sowie diejenigen zum Schutz öffentlicher Flüsse und Ufer [5]), der Schiffahrt wie der Löschung und Entlöschung [6]). Die Schiffahrt wird in gleicher Weise auch auf dem stehenden Gewässer geschützt [7]). Dieser Schutz wurde utiliter ausgedehnt auf den publicanus qui lacum vel stagnum conduxit, si piscari prohibeatur und schliesslich auch auf die Verhinderung der Viehtränke [8]). Voraussetzung des erstgenannten Interdikts ne quid in loco publico facias inve eum immittas u. s. w. ist, wie der Wortlaut ergiebt und die Ediktskommentare ausdrücklich hervorheben, ein opus faciendum d. h. eine manuelle Thätigkeit oder doch Einwirkung auf den Boden, die diesen oder den über ihm befindlichen Luftraum in irgend einer Weise affizirt, auf ihm resp. in ihm Spuren zurücklässt [9]). Die Anlage muss erst im Entstehn begriffen sein, die Wegnahme der schon fertigen erzwingt der Praetor nur, wenn es sich um Anlagen auf einem öffentlichen Wege handelt [10]). Anlässlich dieses Edikts nun bemerkt Ulpian [11]):

---

[1]) L. 2 pr. D. ne quid 43, 8.

[2]) L. 2 § 20 eod.: in via publica itinereve publico facere immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat.

[3]) L. 2 § 45 eod.: quominus in via publica ire liceat.

[4]) Dig. 43, 11.

[5]) Dig. 42, 12 und 42, 13: ne quid in flumine publico ripave facias immittas quo deterior fiat bezw. quo aliter fluat quam priore aestate.

[6]) L. un. pr. D. ut in flum. 43, 14: quo minus illi in flumine publico navem ratem agere quove minus per ripam onerare exonerare liceat vim fieri veto.

[7]) A. a. O.: item ut per lacum fossam stagnum publicum navigare liceat, interdicam.

[8]) L. un. §§ 6, 7, 9 eod.

[9]) L. 2 § 2 D. ne quid 43, 8.

[10]) L. 2 § 35 eod.

[11]) L. 2 § 9 eod.

Si quis in mari piscari ant navigare prohibeatur, non habebit interdictum, quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere vel in publico balineo lavare ant in theatro spectare arceatur: sed in omnibus his casibus iniuriarum actione utendum est.

Wenn der Jurist hier auch bei Verhinderung der Schiffahrt und der Fischerei auf dem Meere auf die Iniurienklage als alleiniges Rechtsmittel verweist, so beruht dies darauf, dass das analoge oben citirte Edict, das ein opus factum, eine Anlage nicht zur Voraussetzung hat, lediglich von dem flumen publicum spricht. Ihre weitere Ergänzung findet dann die Entscheidung Ulpians in dessen Commentar zum Iniurienedict, in dem er, freilich in der zweifelnden Form sunt qui putent, die Frage bejaht, ob bei Verhinderung der Fischerei oder des Aufstellens von Netzen im Meere die a° iniuriarum zusteht. Er erwähnt als Ansicht von Pomponius und der meisten anderen Juristen, dass die gleiche Auffassung Platz greife, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiatur aut si quis re mea uti non permittat. conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice [hoc][1]) conduxit[2]) . . . . . .

Daran schliesst sich in den Digesten ein Excerpt aus Paulus:

Sane si maris proprium ius ad aliquem pertineat, uti possidetis interdictum ei competit, si prohibeatur ius suum exercere, quoniam ad privatam iam causam pertinet non ad publicam haec res . . . . ad privatas enim causas accomodata interdicta sunt, non ad publicas[3]).

Danach findet also das Interdict ne quid in loco publico auf die genannten Prohibitionsfälle keine Anwendung, weil es sich nirgends bei ihnen um eine manuelle, sei es auch nur mittelbare, Einwirkung auf den Boden sondern lediglich um eine Einwirkung auf den Gegner handelt: „nur die Bewegungsfreiheit des Anderen wird gehemmt“[4]). Dass aber die Klage

[1]) Hoc dürfte zu streichen oder mit Mommsen locum zu emendiren sein.
[2]) L. 13 § 7 h. t.
[3]) L. 14 h. t.
[4]) Pernice S. 35.

lediglich auf den objektiven Thatbestand der Störung, nicht aber auf eine etwaige injuriöse Gesinnung des Störenden abgestellt ist, zeigt der Umstand, dass sie in den hervorgehobenen Fällen als die ausschliessliche bezeichnet, also auch für den Fall gegeben wird, dass der Störende ein Recht zu seinem Vorgehen zu haben glauben mochte. Zu demselben Resultat führt auch Paulus Erörterung über die Abgrenzung der Klage gegen das Interdictum uti possidetis. Das letztere greift Platz, wenn der Interdictenkläger eine privatrechtliche Spezialbefugniss zur Benutzung der Meeresstelle behauptet, die a° iniuriarum, wenn er sich lediglich auf die allgemeine Berechtigung am Meere als res omnium communis stützt. Es ist klar, dass danach die übrigen subiectiven Voraussetzungen bei beiden Rechtsmitteln in so weit die gleichen sein müssen, und damit entfällt das Erforderniss eines besonderen animus iniurandi auf diesem Anwendungsgebiet. Endlich findet die Thatsache, dass unter den Iniurienfällen zwar die Verhinderung der Benutzung eines öffentlichen Platzes nicht aber die einer öffentlichen Strasse erwähnt wird, offensichtlich ihre Erklärung lediglich darin, dass für den letzteren Fall ein eigenes Interdict quoniam in via publica ire liceat[1]) ohne das Erforderniss einer manuellen Einwirkung auf den Boden aufgestellt war, für den öffentlichen Platz aber nicht. Rechtlich und begrifflich stehen beide Fälle an sich völlig gleich, und es muss deshalb dieselbe Wesensgleichheit, abgesehen von der prozessualen Verschiedenheit, für die zu ihrer Erledigung bestimmten Rechtsmittel bestanden haben.

Daraus ergiebt sich die weitere sehr wesentliche Consequenz, dass das quantam pecuniam aequum bonum videbitur der ästimatorischen Formel in diesem Falle nicht bloss die ideale Genugthuung sondern auch den realen Schaden abzugelten bestimmt gewesen sein muss[2]), da sonst der Geschädigte bezüglich des letzteren ohne jedes Rechtsmittel geblieben wäre, während andrerseits die zugleich pönale Function der Interdicte, wenn man dem Verfahren bis zum Schluss seinen Lauf liess, keinem Bedenken unterliegt.

[1]) L. 2 § 45 D. ne quid 43, 8.

[2]) Pernice S. 46. Ueber die Taxatio Huschke Gaius S. 134 ff., Hefke Taxatio S. 53 ff., Lenel S. 321.

2. In der Sphäre des Gebrauchsschutzes an Immobilien kann eine Concurrenz der Iniurienklage mit den Interdikten quod vi aut clam und unde vi in Frage kommen.

a) Das Interdiktum quod vi aut clam hat mit den bisher besprochenen das Erforderniss des opus factum, der manuellen Einwirkung auf den Boden sowie des Vorliegens eines wie auch immer gearteten Schadens gemein[1]). Beide Momente gestatten sowohl für die Coincidenz wie für die Gegensätzlichkeit dieses Rechtsmittels zur Iniurienklage die Grenzlinie zu ziehen.

Die römischen Juristen lehnen, soweit sie im Uebrigen den Begriff des Schadens ausdehnen, das Interdict consequent ab, wenn ein solches schlechthin entfällt. So siquid agri colendi causa factum est . . . si melior causa facta sit agri, quamvis prohibitus quis vi vel clam fecerit[2]) und in dem nämlichen Sinne unterscheidet Celsus beim Abhauen eines fremden Waldes: si immaturam silvam caeduam cecidit quis interdicto quod vi aut clam tenetur: si maturam similiter caeduam neque damno dominus affectus est, nihil praestabit[3]). Dass derartige Eingriffe zulässig gewesen sind, erscheint kaum glaublich, und wenn ein quellenmässiger Nachweis sich auch nicht erbringen lässt, so liegt nach der ganzen Struktur der Iniurienklage doch die Annahme nahe, dass diese das zuständige Rechtsmittel gewesen sein wird — vorausgesetzt natürlich, dass es sich nicht um eine gutgläubige negotiorum gestio handelt. Damit würde es sich denn auch vereinigen lassen, dass die gleiche Klage bei der Castration eines Sklaven, der dadurch werthvoller wird, zusteht[4]), obwohl andrerseits wegen der Besonderheit dieses letzteren Falles und des Sklavenrechts überhaupt die Tragweite dieser Analogie nicht hoch zu veranschlagen sein wird.

Das Erforderniss der Anlage oder Einwirkung auf den Boden hat in einzelnen Fällen zu Zweifeln geführt. Mit Recht wird sein Vorhandensein bejaht, si quis acervum stercoris circa

---

[1]) L. 1 § 2. L. 13 D. quod vi 43, 16. L. 2 § 10 ff. D. ne quid 43, 8.
[2]) L. 7 § 7 D. quod vi aut clam 43, 24.
[3]) L. 18 D. a. a. O. 43, 24. Die Schlussworte brauchen nur zu bedeuten, dass dem Thäter keine Ersatzpflicht auf Grund des Interdicts obliegt.
[4]) L. 27 § 17 D. ad l. A. 9, 2.

agrum pinguem disiecerit . . . quia solo vitium adhibitum sit[1]). Wurde der Mist dagegen nur über das Grundstück verbotswidrig hinübergeschafft, so wollte zwar Trebatius auch hierin die unzulässige Einwirkung auf den Boden sehen, quamquam nihil damni feceris mihi nec fundi mei mutaveris. Labeo stellte dem aber den Einwand entgegen, dass es bei einer so weiten Ausdehnung des Begriffs auch darunter fallen müsse, wenn Jemand iter per fundum fecerit aut bovem[2]) egerit[3]) . . . Dagegen wurde der Thatbestand das Interdikts unbedenklich darin gefunden, si quis proiectum aut stillicidium in sepulcrum immiserit, etiamsi ipsum monumentum non tangeret . . . . quia sepulcrum sit non solum is locus qui recipiat humationem sed omne etiam supra id caelum . . . .[4]).

Dieser letztere Thatbestand ist dann auch unter dem Gesichtspunkt des Uti Possidetis von den römischen Juristen erörtert werden, allerdings nur für den Fall si proiectio supra vicini solum non iure haberi dicatur d. h. wenn es sich um eine bereits vorhandene Anlage handelt. Ulpian referirt als eine bei Cassius mitgetheilte Ansicht: utrique, nämlich beiden Nachbarn, esse id utile[5]), quia alter solum possidet alter cum aedibus superficiem[6]) d. h. der Eigenthümer des überbauten Grundstücks sowie der des hinüberragenden sind beide juristische Besitzer und als solche für das Interdikt legitimirt: die Besitzstörung wird in dem Ueberbau gefunden, wie denn ein possessionis controversiam facere in der Verhinderung eines Baues[7]), einer Reparatur[8]), der Ackerbestellung[9]), überhaupt in jedem prohiberi uti possessione ohne eigene Besitzanmassung, jeder

[1]) L. 7 § 6 D. quod vi 43, 24.

[2]) So Mommsen. Die Ueberlieferung avem.

[3]) L. 22 § 3 D. a. a. O. 43, 24.

[4]) L. 22 § 4 eod.

[5]) So Mommsen. Die Ueberlieferung inutile. Bruns, Besitzklagen S. 77 hält an der Ueberlieferung fest und rechtfertigt die Entscheidung mit der Thatsache des bereits bestehenden Ueberhaus, der gegenüber das Interdict keine restitutorische Wirkung ausüben kann. Vgl. auch S. 67 Anm. 2.

[6]) L. 3 § 5 D. uti possidetis 43, 17.

[7]) L. 3 § 2 eod.

[8]) L. 3 § 3 eod.

[9]) L. 3 § 4 eod.

Hinderung der factischen Beherrschung der Sache, sei es der eigenen Einwirkung sei es der Ausschliessung Anderer[1]) gefunden wird[2]).

Unbedingt versagt ist das Uti Possidetis nur dem Inhaber eines einzelnen Stockwerks gegen den Besitzer des Grundstücks, weil ein juristischer Besitz an einzelnen Stockwerken nicht möglich ist[3]).

Dies ist das besitzrechtliche Quellenmaterial, dem gegenüber wir nunmehr die berühmte lex Si inferiorum dominus zu erwägen haben:

> si inferiorum dominus aedium superioris vicini fumigandi causa fumum faceret
>
> aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut proiecerit aus infuderit,

negat Labeo iniuriarum agi posse: quod falsum puto, si tamen iniuriae faciendae causa immittitur[4]).

Fragt man zunächst, an welche Rechtsmittel Labeo ausschliesslich und Javolen in Ermangelung des animus iniuriandi gedacht hat, so ergiebt sich nach dem bisher Bemerkten für die Raucherzeugung, wie Ulpian selbst an einer anderen Stelle[5])

---

[1]) Bruns, Besitzklagen S. 76 ff.

[2]) Eine andere Wendung giebt Labeo dem gleichen Thatbestand (L. 3 § 6 eodem). Der Eigenthümer des überbauten Grundstücks klagt gegen den Nachbar mit dem I. si eum locum possideamus, qui proiecto tegetur. Der Jurist wirft nun die Frage auf, ob der Beklagte, um den Ueberbau zu behalten, seinerseits mit dem I. vorgehen kann, uti nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectus est, d. h. ob er seinerseits durch die possessionis controversia des Klägers in seinem Besitz des überragenden Grundstücks gestört ist.

[3]) L. 3 § 7 a. a. O. 43, 17.

[4]) L. 44 D. h. t. (Iavolen). Nach aedium wird mit R. Schoell und Pernice S. 37 aedibus einzufügen sein.

[5]) L. 8 § 5 D. si servitus 8, 5 (Ulpian) non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei (servitutem Mommsen) talem servitutem admittit. Dasselbe wird dann im Folgenden bezüglich der Zuführung von Wasser auseinandergesetzt und aus der Zulässigkeit des Servitut die der a° negatoria wie auch der confessoria ius esse fumum immittere gefolgert. Dagegen verneint Pomponius (L. 8 § 6 a. a. O. 8, 5) die Möglichkeit der intentio licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere, wie man auch nicht klagen könne ins

bemerkt, das Interdictum Uti possidetis neben der mindestens schon von Aristo zugelassenen a° negatoria. Ob die letztere ursprünglich wegen ihrer Basirung auf die Servitutenmöglichkeit [1]) neben der Rechtsbehauptung die perpetua causa verlangte, kann hier dahingestellt bleiben: sie wird in unseren Quellen bei Gebrauchsstörung nicht schlechthin, sondern in einem Falle gegeben, nach dessen Beschaffenheit — es handelt sich um Raucherzeugung im Gewerbebetriebe — eine sich mit einer gewissen Regelmässigkeit wiederholende Störung zu erwarten stand, und damit steht es in vollem Einklang, dass die Zulässigkeit der Klage abgelehnt wird, wenn es sich um diejenige Raucherzeugung handelt, die einer solchen besonderen Veranlassung entbehrt und die nur mit dem Wirthschaftsbedürfnisse des Haushalts zusammenhängt [2]). Natürlich kann aber auch der Kochheerd zur Störung durch Rauch missbraucht werden, und in diesem Falle würde der Belästigte zunächst auf das Uti possidetis angewiesen, der Miether also, der als solcher keinen iuristischen Besitz hat, in soweit zunächst schutzlos sein. Der Anspruch, den er aus dem Miethvertrage gegen seinen Ver-

esse in suo ignem facere aut sedere aut lavare. Die positive Servitut und desgleichen die confessoria sind ausgeschlossen, weil man diese Befugnisse ohnedies iure naturali kraft seines allgemeinen Rechts besitzt und daher nicht erst durch besondere Verleihung erhalten kann; die negative, weil der Verzicht darauf als unzulässige Beschränkung der persönlichen Freiheit gegen die guten Sitten verstossen würde.

[1]) Dies wird als der geschichtliche Ausgangspunkt der Klage angesehn von Hesse, (Nachbarrecht S. 263 ff.; daselbst auch die Litteratur). Das „ius ire agere etc.“ wurde zumeist als ein dingliches Recht am Grundstück, d. h. als Servitut gedacht. Stellte sich bei den Vorverhandlungen in iure heraus, dass der Beklagte ein solches Recht nicht in Anspruch nehmen wollte, sondern die Thatsache der Verletzung in Abrede stellte oder sich etwa auf eine ihm persönlich vom Kläger ertheilte Erlaubniss berief, so wird dieser in älterer Zeit meist zur Iniurienklage gegriffen haben. Zumal bei Läugnung des Eingriffs wäre es offenbar zwecklos gewesen, einen Prozess über das Bestehen eines Rechts zu führen, das der Beklagte selber gar nicht in Anspruch nahm.

[2]) L. 8 § 6 D. a. a. O. 8, 5, vgl. die vorherg. Anmerkung. Auch in dem letzten von Ulpian aus Pomponius referirten Falle (L. 8 § 7 eod.) steht eine perpetua causa in Frage: in balineariis (so Mommsen statt balineis) vaporibus cum Quintilla cuniculum pergentem in Ursi Iuli (der Text verdorben) instruxisset, placuit potuisse tales servitutes imponi.

miether auf Gewährung der Benutzung hat, vermag auch abgesehen von der Umständlichkeit dieses Umweges gegenüber der einzelnen Störung keine Abhilfe zu schaffen. Dass aber der Miether in einer derartigen Situation völlig schutzlos geblieben sei, wird man nicht für wahrscheinlich halten. Unter diesen Umständen liegt die Annahme nahe, dass die Lücke durch die Iniurienklage ebenso wie bei dem Gebrauch der res publicae ausgefüllt worden ist. Dem steht zunächst der Wortlaut Javolens an der angeführten Stelle entgegen, wenn man, wie es am natürlichsten ist, deren Schlussworte si tamen iniuriae faciendae causa immittitur nicht bloss auf das Herunterwerfen oder Giessen, sondern auch auf die Raucherzeugung bezieht. Denn die Klage wird danach nicht schlechthin, sondern nur für den Fall des iniuriae causa facere gegeben[1]). Ich glaube indessen, dass mit diesen Worten wesentlich nur die Abgrenzung nicht bloss gegen die Ausübung einer Spezialbefugniss, sondern hauptsächlich gegen eine Anzahl von Fällen ausgedrückt werden sollte, in denen auch abgesehen von der bloss fahrlässigen Störung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen weder eine Besitzstörungs- noch die Iniurienklage gegeben sein konnte. Wenn ein Dienstmädchen aus Ungeschick den Heerd überheizt oder wenn Jemand am Fensterbrett zufällig oder fahrlässig ein Glas umstösst, so würde auch der Eigenthümer das Uti possidetis nicht anstellen können, und jedenfalls fehlt das für die Iniurienklage unerlässliche Bewusstsein der Störung Anderer. Desgleichen entfällt die Klage auch bei dem Vorliegen dieses Bewusstseins, sobald die Störung sich innerhalb der Grenzen hält, die man ertragen muss: das Zusammenleben auf einem verhältnissmässig kleinen Raum zumal in Grossstädten bringt eben eine Reihe gegenseitiger persönlicher Belästigungen mit sich, die man in den Kauf nehmen muss. Die Grenze kann im einzelnen Fall nach Zeit und Ort verschieden sein: im Allgemeinen wird das Verkehrsübliche entscheiden.

Möglich, dass die fragliche Einschränkung in dem zweiten, von Javolen genannten Falle beim Herunterwerfen oder Giessen

---

[1]) Die Abschwächung der Worte bei Ihering („da ja") halte ich mit Pernice S. 36 f. für sprachlich bedenklich.

in der Praxis etwas schärfer betont worden ist, denn hier hatte der Miether, sobald ein Schade sich nachweisen liess[1]), noch das Interdictum quod vi aut clam. Die Stelle selbst aber bietet zu einer solchen Unterscheidung keine Handhabe.

Eine Analogie endlich des letztgenannten Interdicts zur Iniurienklage ergiebt die Ueberlieferung in dem Falle der Verunreinigung von Wasser. Nach Labeo greift das Interdict Platz si quis in puteum vicini aliquid effuderit, ut hoc facto aquam corrumperet . . . . portio enim agri videtur aqua viva, quemadmodum si quid operis in aqua fecisset[2]). Als Iniurie aber, wenn auch nicht bei Gelegenheit, so doch im Sinne des Edicts bezeichnet es Paulus si quis fimo corrupto aliquem perfuderit, caeno luto oblinierit, aquas spurcaverit, fistulas lacus quidve aliud ad iniuriam publicam contaminaverit: in quos graviter animadverti solet[3]). Mindestens bei den Röhren und Seeen ist hier an Staats- resp. Gemeindeeigenthum gedacht und auch bei den unmittelbar vorhergehenden Worten liegt die Annahme nahe, dass, wie auch die cognitio extraordinaria zeigt, der gemeingefährliche Charakter des Delikts hervorgehoben werden sollte. Unbedenklich wird aber auch die Verunreinigung eines Privatbrunnens, dessen Benutzung durch Fremde regelmässig nicht stattfand, als Iniurie gegen den Eigenthümer anzusehn sein.

b) Die bei Justinian verschmolzenen Interdicte de vi quotidiana und armata stehn zwar auch dem Naturalbesitzer zu[4]), verlangen aber die Dejection von einem Immobile im Sinne der technischen Besitzentsetzung[5]). Deshalb wird dem persönlich Deizirten das Interdict versagt, sobald er den Besitz noch durch dritte Personen retinirt, also so lange nicht auch diese vom Deizienten überwältigt sind[6]). Die Bewältigung des Inhabers

---

[1]) L. 16 D. quod vi 43, 24. Es kann sich fast nur um den Werth der Arbeitskraft handeln, die zur Beseitigung nöthig war, also um einen nur ausnahmsweise practischen Fall.

[2]) L. 11 pr. D. quod vi 43, 24.

[3]) L. 1 § 1 D. de extr. cr. 47, 11 = Paulus 5, 4, 13.

[4]) L. 1 § 9 D. de vi 43, 16.

[5]) L. 1 § 22 ff. eod.

[6]) L. 1 § 45 D. eod.

wird als Fall der Deiection aufgefasst[1]), der letzteren auch die Nichteinräumung des verkauften Grundstücks durch den Miether gleichgestellt[2]). Dagegen wird die blosse Störung im Besitz, eben weil sie keine Entsetzung ist, schwerlich als Deiection zu erachten sein[3]). Die fortgesetzte Abschwächung des Gewaltbegriffs[4]) entsprach der Tendenz der Gesetzgebung, die ihren Abschluss in der Umgestaltung der Julischen Gewaltklage durch Justinian fand[5]). Wenn erst der letztere die unbewaffnete Deiection der Klage de vi privata unterstellte, so muss diese vor Justinian mit dem Interdict de vi armata zusammengefallen sein, während die waffenlose Deiection vor ihm criminell überhaupt nicht strafbar gewesen sein kann. Diese umfassende Lücke — wir sahen, wie auch das Interdict bei der Deiection ohne technischen Besitzverlust wie bei der blossen Störung, versagt — ist durch das Iniurienrecht ausgefüllt worden, dessen historisch ältester Bestandtheil — Gewalt gegen die Person — hier recht eigentlich zu Ehren kam. Das Cornelische Gesetz, das die Thatbestände des pulsare verberare domum vi introire umfasst, bespricht Ulpian[6]) offenbar ohne jedes Bedenken als Theil des Iniurienrechts. Dass aber auch bei der Julischen Gesetzgebung de vi die Juristen sich dieses Zusammenhangs bewusst blieben, zeigt ihre Darstellung mit voller Deutlichkeit.

---

[1]) L. 1 § 47 D. eod.

[2]) L. 12 D eod. Nicht aber die Verhinderung der Besitzergreifung (L. 1 § 2 f. eod.).

[3]) Allerdings heisst es in L. 11 D. de vi 43, 16: vim facit qui non sinit possidentem eo quod possidebit (possideat?) uti arbitrio suo sive inserendo sive fodiendo sive arando sive [quid] aedificando sive quid omnino faciendo per quod liberam possessionem adversarii non relinquit (Pomponius), wobei nach der Structur des Satzes die erwähnten Störungsversuche m. E. nur als Thätigkeiten des Störenden, nicht als Hinderung am Graben, Säen, Pflügen, in Betracht kommen. Allein der Satz ist von den Compilatoren an eine falsche Stelle gebracht: er bezog sich ursprünglich auf das I. quod vi aut clam, wie L. 9 pr. i. f. D. qmc. 4, 2 zeigt: idem (Labeo) ait, et si forte adhibita manu in meo solo per vim aedifices, et interdictum quod vi aut clam et hoc edictum locum habere, scilicet quoniam metu patior id te facere (Ulpian), vgl. L. 22 D. quod vi 43, 24.

[4]) L. 9 pr. D. qmc. 4, 2. L. 3 § 5 D. de vi 43, 16.

[5]) Mommsen S. 656 ff., 659 f.

[6]) L. 5 pr. ff. h. t. 47, 10, vgl. Mommsen S. 785.

So wird bei dem Frauenraub der Fall erwogen, si pater iniuriam remiserit[1]), bei der Folterung eines fremden Sklaven räth Labeo an Stelle der Klage de vi privata moderatius edicto praetoris de iniuriis utendum esse[2]); bei dem Zwang zur Uebernahme einer Geldleistung heisst es: qui ludos pecuniamve ab aliquo invito polliceri publice privatimve per iniuriam exegerit[3]). In dem Titel de vi privata wird der Fall erörtert: si nulli convocati nullique pulsati sunt, per iniuriam tamen ex bonis alienis quid ablatum sit, hac lege teneri eum qui fecerit, negamus[4]). Allein auch abgesehen von der Ausdrucksweise der Juristen zeigt ihre Casuistik mannigfache Anklänge an sonstige Iniurienfälle. So wird es als vis publica bezeichnet, qui hominem dolo malo incluserit, obsederit[5]) sowie qui hominibus armatis possessorem domo agrove suo aut navi sua deiecerit expugnaverit[6]), als vis privata, si creditor sine auctoritate iudicis res debitoris occupet[7]).

Als eine Bestimmung der lex Julia iudiciorum publicorum wird erwähnt, ne eodem tempore de duobus reis quis quereretur, nisi suarum iniuriarum causa[8]). Nun vermuthet Mommsen[9]) die Identität der leges Juliae de vi mit denen über das Gerichtsverfassungsrecht; allein abgesehen davon kann es sich für jene Zeit kaum um andere criminelle Iniurienfälle handeln als die der Gewaltgesetze, da die allmähliche Ueberleitung der Civiliniurie in die criminelle Sphäre einer erheblich späteren Epoche angehört. Die Bestimmung passt auch auf die Julischen Gewaltfälle um so mehr, als bei ihnen die Zusammenrottung eine wesentliche Rolle spielt und hier schon die Connexität des Thatbestandes das einheitliche Verfahren erfordert, wie die

---

[1]) L. 5 § 2 ad l. I. de vi publica 48, 6.

[2]) L. 4 § 1 D. ad l. I. de vi privata 48, 7.

[3]) L. 10 pr. D. ad l. I. de vi publica 48, 6.

[4]) L. 3 § 2 D. ad l. I. de vi privata 48, 7. Das Schlusswort negamus ist von Mommsen zugesetzt.

[5]) L. 5 pr. D. a. l. I. de vi publ. 48, 6, vgl. Mommsen S. 793. 798, der die Freiheitsberaubung als Iniurienfall nachgewiesen hat.

[6]) L. 3 § 6 D. ad l. I. de vi publ. 48, 6.

[7]) L. 8 D. ad l. I. de vi privata 48, 7.

[8]) L. 12 § 2 D. de accus. 48, 2 (Venuleius).

[9]) Mommsen S. 128 f., vgl. aber Wlassak, Prozessgesetze 1 S. 173 ff. 182. 2 S. 170. 366. Lenel, Palingenesia 2 S. 440, 3. 814, 4.

analoge Zusammenfassung auch bei der Civilklage von der Mehrzahl der Juristen verlangt wurde: si mihi plures iniurias feceris, puta turba et coetu facto domum alicuius introeas [et hoc facto efficiatur][1] et simul et[2] convicium patiur et verberer: an possim separatim tecum experiri de singulis iniuriis, quaeritur[3]. Die verneinende Antwort der Doctrin hat dann in sinngemässer Anwendung auf das Criminalverfahren zu der Ausnahme von dem Verbot der Klagencumulation geführt.

Wenn wir nach alledem zu der Annahme berechtigt sind, dass die Gewaltgesetze, soweit sie sich auf Verletzung Einzelner beziehen, lediglich die Uebertragung von Iniurienfällen auf das Strafrecht bedeuten[4], so erscheint in diesem Zusammenhange auch die Einordnung des Hausfriedensbruchs in das Generaledict — eine andere wird kaum möglich sein, wenn man mit Mommsen das Cornelische Gesetz als rein prozessual auffasst — vollkommen begreiflich. Auch hier liegt zunächst eine gewaltsame Besitzstörung und Verletzung des Dispositionsrechts vor; allein es erscheint bemerkenswerth, dass die römischen Juristen jenes Delikt doch nicht lediglich unter dem formalen Gesichtspunkt einer Verhinderung der Dispositionsbefugniss aufgefasst haben. Vielmehr lag die besondere Bedeutung des Hausfriedens, wie sie im Deutschen Mittelalter tief und schön ausgebildet ist, doch nicht völlig ausserhalb ihres Gesichtskreises. Dies zeigt vor Allem, worauf v. Liszt

[1]) Das störende Einschiebsel wäre am verständlichsten als Correctur Jemandes, der wie einzelne Bologneser Texte im Folgenden ut simul gelesen. Möglich aber auch, dass die Corruptel weiter reicht und der qualifizirte Hausfriedensbruch erst später in den Fall hineingetragen ist: wenigstens befremdet das alicuius, obwohl es nicht völlig unmöglich ist. — Characteristisch für den Zusammenhang zwischen dem Hausfriedensbruch als einer qualifizirten Besitzstörung und der Gewaltklage ist auch die Entscheidung von Paulus L. 21 § 7 D. de furtis 47, 2, zumal wenn man die spätere Abschwächung des Gewaltbegriffs in Betracht zieht.

[2]) Ego?

[3]) L. 7 § 5 D. h. t. 47, 10 (Ulpian).

[4]) Wie die γραφὴ ὕβρεως des attischen Rechts, die nach den Untersuchungen Hitzigs, Iniuria S. 34 ff. 72 ff., gleichfalls von dem Begriff der Vergewaltigung (Gewaltanwendung gegen die Person) ausgegangen zu sein scheint. Damit erhält denn auch die Vergleichung der Iniuria mit der ὕβρις bei Labeo und Paulus (Coll. 2, 5, 1) ihre eigentliche Bedeutung.

hinweist[1]), die Bemerkung von Gaius: plerique putaverunt, nullum de domo sua in ius vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque qui inde in ius vocaret, vim inferre videri[2]), wie denn auch in einem derartigen Falle die Iniurienklage ausdrücklich zugelassen wird[3]).

Dies ungefähr ist der Rahmen, innerhalb dessen wir das Verhältniss der Iniurienklage zum Gewaltinterdict zu erwägen im Stande sind. Beide spielen in dem Plaidoyer Ciceros für Caecina eine Rolle, und es verringert den Werth dieser Quelle nicht, dass man sie, weil der Redner im Interesse seines Clienten die Sach- und Rechtslage zu verschleiern bemüht ist, nur mit besonderer Vorsicht benutzen darf.

Zum Austrag eines Verfahrens über den Besitz des zwischen den Parteien streitigen Grundstücks hatten diese die Vornahme einer vis ex conventu verabredet. Diese Verabredung soll nun nach Cicero's Darstellung Caecina's Gegner Aebutius dadurch gebrochen haben, dass er das ganze Grundstück mit Bewaffneten besetzte, so dass Caecina den Versuch es zu betreten alsbald wieder aufgeben musste. Er erbat und erhielt das Interdict de vi armata, und in dem dadurch begrenzten Verfahren ist die uns erhaltene Rede vorgetragen worden. Sie bemüht sich zunächst nachzuweisen, dass die vorgekommene Gewalt eine vis atrox im Sinne des Interdicts gewesen sei[4]) und gelangt dann zu dem Einwand von Aebutius, er habe überhaupt keine Deiection verübt, sondern lediglich Caecinas Eindringen Widerstand geleistet[5]). Diesen Widerstand versucht der Redner nun iuristisch zu qualifiziren: hanc puto me habere actionem, ut per interdictum meum ius teneam atque iniuriam tuam persequar[6]). Er führt dann pathetisch aus, dass bei Ablehnung dieses Rechtsmittels sich ein Zustand partieller Recht- und Schutzlosigkeit dahin ergebe, ut si qui qui me exire domo mea coegissent armis, haberem actionem, si qui introire prohibuissent,

[1]) v. Liszt S. 386.
[2]) L. 18 D. de in ius vocando 2, 4.
[3]) L. 23 D. h. t.
[4]) Cicero pro Caecina 9, 23 ff.
[5]) A. a. O. 11, 31 ff.
[6]) A. a. O. 11, 32.

non haberem? . . . . quaero si te hodie domum tuam redenntem coacti homines et armati non modo limine tectoque aedium tuarum sed primo aditu vestibuloque prohibuerint, quid acturus sis? Der Redner erwähnt dann die Zuständigkeit der a⁰ iniuriarum und erwidert auf den hieraus hergeleiteten Einwand: quid id ad causam possessionis, quid ad restituendum eum quem oportet restitui? . . . . non solum egeris (sc. iniuriarum), verum etiam condemnaris licet: numquid magis possidebis? actio enim iniuriarum non ius possessionis adsequitur sed dolorem imminutae libertatis iudicio poenaque mitigat[1]).

Um sich von der Sophistik des Redners nicht über die Sachlage hinwegtäuschen zu lassen, braucht man nur im Auge zu behalten, dass, wie aus der ursprünglichen Verabrednng der vis ex conventu hervorgeht, beide Parteien sich iuristischen Besitz zuschrieben und, wie nach Aebutius' Vertheidigung anzunehmen sein wird, auch der Naturalbesitz Caecinas von Jenem bestritten wurde. Unter diesen Umständen klingt es wie eine directe Antwort auf Ciceros Plaidoyer, wenn wir bei Ulpian lesen: si qnis de agro suo vel de domo processisset nemine suorum relicto, mox revertens prohibitus sit ingredi vel ipsum praedum vel si quis eum in medio itinere detinuerit et ipse possederit, vi deiectus videtur: ademisti enim ei possessionem, quam animo retinebat, etsi non corpore . . . . eum qui neque animo neque corpore possidebat, ingredientem et incipere possidere prohibeatur, non videri deiectum verius est: deicitur enim qui amittit possessionem non qui non accipitur[2]).

Nach Aebutius' Ansicht hatte Caecina den Naturalbesitz des streitigen Grundstücks bisher noch nicht erlangt: war sie zutreffend, so konnte von einem Interdictenschutz für ihn nicht die Rede sein. Danach ist denn auch die Grenzlinie zu beurtheilen, die Cicero zwischen dem possessorischen und dem Iniurienrecht zieht: seine Behauptung a⁰ iniuriarum non ius possessionis adsequitur sed dolorem imminutae libertatis iudicio poenaque mitigat ist nicht bloss buchstäblich richtig, sondern

[1]) A. a. O. 12, 34 f.

[2]) L. 1 §§ 24, 26 D. de vi 43, 16. Die bei Cicero (§ 37) folgenden Ausführungen werden durch L. 1 § 46 a. a. O. richtig gestellt.

wohl auch das Tiefste, was in dieser Kürze über das Iniurienrecht je gesagt worden ist. Nur dass das Besitzrecht, zumal wenn es sich um dessen gewaltsame Beeinträchtigung handelt, in näherer Beziehung zu dem Recht der Persönlichkeit steht oder doch stehen kann, als dies z. B. bei obligatorischen und selbst bei dinglichen Rechtsgebilden in der Regel der Fall sein wird. Dies auch der Grund, weshalb das Besitzrecht unmittelbar auf das der Persönlichkeit zu begründen versucht worden ist[1]). In dem von jedem speciellen Rechtstitel losgelösten Besitz wird zunächst der Wille des Besitzers, ein Ausfluss seiner Persönlichkeit und damit diese letztere selbst respectirt. Man kann nicht sagen, dass dieser Gesichtspunkt für die Gestaltung der Iniurienklage ausschliesslich entscheidend gewesen ist, denn die letztere schützt im gegebenen Falle den Eigenthümer ebenso wie den Besitzer, falls er in der seinem freien Willen entsprechenden Bethätigung gehindert wird und dies ebenso, wenn die Hinderung, wie in der Regel, durch Einwirkung auf seine Person, als wenn sie durch eine solche auf eine Sache geschieht, mag auch in dem letzteren Falle von einer Besitzstörung in dem formalen Sinne der Interdictentechnik nicht die Rede sein. Mit dieser Verschiedenheit der Ausgangspunkte geht in soweit auch die der Endziele parallel, als die Iniurienklage überall da nothwendig versagen muss, wo es sich um die Restitution eines nicht bloss gestörten sondern entzogenen Besitzes handelt, während umgekehrt, wenn die Störung der Beziehung auf den Besitz entbehrt, für das Interdictenrecht überall kein Raum bleibt. Zwischen diesen Extremen aber liegt eine neutrale Zone, und die bisherige Darstellung hat zu zeigen versucht, in wie weit in dieser das Römische Recht den Puchtaschen Gedanken von dem Persönlichkeitsrecht des Besitzes in der Ausgestaltung der Iniurienlehre verwirklicht hat.

Wir fanden bei dem Gemeingebrauch öffentlicher Gegenstände die Iniurienklage angewandt auf den Schutz des Gebrauchs öffentlicher Plätze wie des Meeres, während für Flüsse und Wege Specialinterdicte aufgestellt waren, im Gegensatz zu dem Interdict ne quid in loco publico gegen die Beeinträchtigung

[1]) Puchta, Institutionen 2 S. 61. 136 f.

dieses Gebrauchs durch Anlagen oder doch Einwirkungen auf den Boden. Das Fehlen der Anlagen oder des wenn auch weit gefassten Vermögensschadens grenzte die Iniurienklage gegen das Interdictum quod vi aut clam ab, während die dem Uti possidetis gesetzte Schranke neben dem iuristischen Besitz des Verletzten in der Beziehung der Verletzung auf den Besitz zu erblicken war, wenn auch die Gleichstellung des controversiam possessionis facere mit jedem prohiberi uti possessione jene Beschränkung und damit die Abgrenzung gegen die Iniurienklage in erheblichem Masse abschwächt. Die Lücke, die das Interdictum unde vi für das Iniurienrecht übrig liess, lag einerseits in dem Erforderniss wenigstens des Naturalbesitzes bei dem Deizirten, andererseits darin, dass der volle Besitzverlust Voraussetzung des Interdicts als eines restitutorischen war, so dass dieses fortfiel, wenn der persönlich Deizirte durch Dritte den Besitz retinirte oder wenn er in dem Besitz bloss gestört nicht aber dessen entsetzt war.

Es fragt sich nun, in wie weit es möglich ist, diesen Sachverhalt auf eine iuristische Formel zu reduziren.

Dass die Grenzlinie bei dem Gemeingebrauch öffentlicher Gegenstände durch Zufälligkeiten des positiven Rechts gezogen ist, unterliegt keinem Zweifel. Allein auch diese Anomalie verliert ihren Charakter angesichts der Thatsache, dass ein Besitz, auch ein Naturalbesitz, an öffentlichen Plätzen, Wegen etc. in den fraglichen Fällen überhaupt nicht möglich ist, weil die Ausschliesslichkeit der Verfügungsmacht, wie sie begrifflich auch für die Detention verlangt werden muss, bei dem Gemeingebrauch nothwendig fortfällt und lediglich durch ein persönliches Gebrauchsrecht ersetzt wird. Die Römer, die auf dem Marsfelde Ball spielten, hatten keine Detention an dem Spielplatz, der von dem übrigen Theil des Platzes wohl thatsächlich aber nicht rechtlich abgegrenzt war und deshalb in so weit überhaupt nicht Objekt eines gesonderten Rechtsverhältnisses sein konnte. Noch weniger kann natürlich von einer Detention der Wassermasse oder Welle die Rede sein, die ein Schiff trägt oder in der die Fischerei ausgeübt wird, oder der Strasse, auf der man geht oder fährt. Die Interdicte zum Schutz des Gemeingebrauchs sind daher nicht

Besitzklagen im Sinne des Civilrechts, sondern es ist bei ihnen lediglich die bereits vorhandene prozessuale Technik der Besitzinterdikte benutzt zum Schutz eines nicht sachenrechtlichen, sondern obligatorischen Rechtsverhältnisses: liegt eine concrete privatrechtliche Befugniss und damit ein Besitzverhältniss vor, so verweisen die Juristen auch sofort auf das Uti possidetis. In dieser Sphäre kann deshalb eine Abgrenzung des Gebrauchsschutzes gegen das Iniurienrecht überhaupt nicht in Frage kommen: die einschlägigen Rechtsmittel, deren gegenseitige Abgrenzung hier allerdings eine zufällige ist, bezwecken lediglich den Schutz der Bewegungsfreiheit auf dem Gemeineigenthum. Dieser Schutz fällt grundsätzlich der Iniurienklage zu: soweit practische Rücksichten dies empfehlen, sind von ihr, wie dies auf anderen Gebieten derselben Klage mannigfach geschehen ist, besondere Rechtsmittel und zwar in Interdictenform abgezweigt[1]).

Was nun die Grenze gegenüber dem wirklichen Besitzrecht betrifft, so tritt auch hier die Beziehung auf die Person des Verletzten, wie dies dem Iniuriensystem entspricht, wesentlich in den Vordergrund. Dies zeigt sich mit voller Deutlichkeit in den Fällen, die ihrer Natur nach jeden Vermögensschaden ausschliessen und sich der sei es erlaubten sei es unerlaubten negotiorum gestio annähern. Die persönliche Verletzung wird aber weiterhin auch dadurch als solche characterisirt, dass dem I. quod vi gegenüber das Fehlen einer Einwirkung auf den Boden zum Thatbestandsmoment erhoben ist, was lediglich als negative Formulirung für die Richtung des Angriffs auf die Person des Besitzers erscheint; wie denn die gleiche Richtung dem I. unde vi gegenüber darin zum Ausdruck kommt, dass die Retention des Besitzes durch dritte Personen für die Iniurienklage gleichgültig ist, sobald der Verletzte persönlich deizirt oder in dem Besitze gestört ist.

Dagegen fügen sich dieser Auffassung nicht ohne Weiteres die Fälle, in denen eine Einwirkung auf den Boden, wie die

[1]) Möglich natürlich auch, dass diese Abzweigungen erfolgten, bevor die Ausbildung des Iniurienrechts soweit vorgeschritten war, dass seine Anwendung auf diese Fälle sich ermöglichte und dass, nachdem dies geschehen war, weitere Abzweigungen unterblieben.

Verunreinigung von Wasser, das Hinunterwerfen und Giessen, die Iniurienklage neben dem I. quod vi sowie diejenigen, in denen wie bei der Belästigung durch Rauch eine Besitzstörung das I. uti possidetis neben unserer Klage zur Entstehung bringt, während überall da, wo die Störung der Beziehung auf den Besitz ermangelt — das moderne Schulbeispiel sind Thibauts nächtliche Spectaculanten — das Eintreten der Iniurienklage ebenso systemgemäss ist wie da, wo ein Besitz um deswillen nicht gestört sein kann, weil der Verletzte überkaupt keinen, nämlich nicht einmal Detention gehabt hat[1]).

Jene wenigen, wenn man will anomalen Fälle werden regelmässig so beschaffen sein, dass sie, was ja überhaupt bei der Besitzstörung nahe liegt, eine unmittelbare Beeinträchtigung oder Belästigung des Verletzten in sich schliessen: wer einen Heerd zum Qualmen bringt oder Wasser auf einen Balcon heruntergiesst, weiss auch, dass er seinen Nachbar damit in empfindlicher Weise belästigt, während das Verunreinigen des Trinkwassers unter Umständen geradezu Körperverletzung sein kann und regelmässig wenigstens Vorbereitung einer solchen sein wird.

3. Diese an dem Immobiliarrecht entwickelten Grundsätze finden sich auch bei dem Besitzesschutz von Mobilien bestätigt. Hier war die durch das I. utrubi in seiner ursprünglichen Gestalt — und nur um diese handelt es sich hier — gelassene Lücke, wenn auch practisch vielleicht nicht allzu erheblich[2]) so doch theoretisch ausserordentlich umfangreich. Die auf völlige Entziehung des iuristischen mehr als halbjährigen Besitzes — quominus is eum ducat — gestellte Formulirung liess nicht bloss den Detentor überhaupt sondern auch den Besitzer gegenüber jeder blossen Störung, die nicht in Entziehung ausartete, schutzlos. Dass hier das Iniurienrecht eingriff, entsprach dessen Grundprinzip um so mehr, als beim Besitzstreit um Mobilien regelmässig deren Entziehung in Frage stehen wird — der Gebrauch ist hier von der Detention kaum trennbar — und die blosse Störung im Besitz, von besonders gearteten Aus-

---

[1]) Die I. adipiscendae possessionis, deren Bedeutung auf einem ganz anderen Gebiet liegt, sind hier nicht weiter berücksichtigt worden.

[2]) Bruns, Besitzklagen S. 177 ff.

nahmefällen abgesehen, deshalb immer die Richtung gegen die Person des Verletzten schon in Ermangelung eines anderen practischen Zieles haben muss. Dem entspricht auch das Wenige was die Quellen in dieser Richtung enthalten.

Als Beispiel dafür, dass das I. de vi nur bei Deiection von Immobilien Platz greift, erwähnt Ulpian[1]: si quis de nave vi deiectus est, hoc interdicto locus non est, argumento eius qui de vehiculo detractus est, quem nemo dixit hoc interdicto uti posse. Dass es gegen diese Deiektionsfälle überhaupt keinen Rechtsschutz gegeben haben, und der Verletzte hier lediglich auf Selbsthilfe angewiesen sein sollte, wird man schwerlich annehmen können, und wir kommen somit aus inneren Gründen auf die Iniurienklage, wenn auch bezüglich der äusseren Beglaubigung dieser Anwendung Zweifel nicht ausgeschlossen sind. Bei Paulus lesen wir: De navi vi deiectus hoc interdicto — sc. de vi — experiri non potest; sed utilis ei actio de rebus recuperandis — also im Falle der Besitzentziehung — exemplo iudicii de vi bonorum raptorum datur. idemque de eo dicendum est, qui carruca aut equo deicitur: quibus non abductis iniuriarum actio datur[2]. Man wird, auch wenn die Schlussworte ein späteres Einschiebsel sind[3], zugeben dürfen, dass die getroffene Entscheidung im Sinne des römischen Iniurienrechts correct ist.

Das allgemeine Prinzip für die Iniurie als Besitzstörung aber spricht Ulpian aus, indem er die Klage nach der herrschenden Meinung — Pomponius et plerique — allgemein da zulassen will, qui in quo alio loco[4]) agere sedere conversari non patiatur aut si quis re mea uti me non permittat[5]), wobei die Schlussworte wohl unbedenklich in erster Linie auf die Störung des Mobiliarbesitzes zu beziehn sind: im anderen Falle würde der Jurist sich nicht bloss in Widerspruch mit den Immobiliarinterdicten setzen, sondern es ergäbe sich auch die auf-

[1]) L. 1 § 7 D. de vi 43, 16.

[2]) Paulus 5, 6, 5.

[3]) Pernice S. 30 f. weist darauf hin, dass das Stossen von der Mähre in den Deutschen Volksrechten sehr oft, in den römischen Quellen sonst nirgends vorkommt.

[4]) Vorher war vom Gemeingebrauch öffentlicher Sachen die Rede.

[5]) L. 13 § 7 D. h. t.

fällige Erscheinung, dass in dem ganzen Titel die Iniurie bei Gelegenheit des Immobiliarbesitzes wiederholt [1]), bei Gelegenheit des Mobiliarbesitzes aber gar nicht [2]) erörtert wäre.

Als eine Consequenz dieses bei Ulpian aufgestellten Prinzips wird man auch die Entscheidung Julians hinzunehmen haben, der bezüglich des Kaufs einer Weinernte „auf dem Halm“ bemerkt: si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit: si ea pecunia qua de agitur non pro ea re petitur quae venit neque tradita est. ceterum post traditionem sive lectam uvam calcare sive mustum evehere prohibeatur, ad exhibendum vel iniuriarum agere poterit quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur [3]). In dem ersten der beiden Fälle liegt die Schwierigkeit offenbar darin, dass das Object noch keine selbständige Existenz als bewegliche Sache hat, sondern solo cohaeret. Deshalb versagt die a° ad exhibendum, während den possessorischen Interdicten der fehlende Besitz des Käufers entgegensteht: es hilft ihm deshalb auch nichts, dass sonst die blosse Nichtübergabe durch den hiezu Verpflichteten als Deiection bezeichnet wird [4]).

In dem zweiten Fall hat die Trennung und Uebergabe stattgefunden, so dass der Grundeigenthümer für den Erwerber den Besitz an der Ernte ausübt. Auf Grund welchen Rechtsverhältnisses ist nicht gesagt, doch muss er, vielleicht schon nach dem Kaufvertrage, verpflichtet gewesen sein, dem Erwerber das Keltern auf seinem Boden zu gestatten, da der Jurist dies offenbar voraussetzt. Von da an aber beginnen die Schwierigkeiten. Mit der Exhibitionsklage kann der Erwerber sein Recht die Kelterung auf dem fremden Boden vorzunehmen, unmöglich durchfechten wollen, während die Schlussworte Julians am natürlichsten wohl auf diese Klage zurückweisen. Möglich, dass die Compilatoren die Kelterung und vielleicht auch die Iniurienklage in den Fall erst hineingetragen haben und die Stelle ursprünglich nur von der verhinderten Fortschaffung des

[1]) L. 13 § 7 L. 14 L. 44 D. h. t.
[2]) Die früher besprochene L. 24 h.t. gehört in einen andern Zusammenhang.
[3]) L. 25 D. de act. e. v. 19, 1.
[4]) L. 12 D. de vi 43, 16.

und

si membrum rupsit, ni cum e pacto, talio esto

und zwar, wie man bemerkt und wie zum Ueberfluss bei Gellius auch ausdrücklich gesagt wird, aus dem Gedächtniss.

Wenn angesichts dieses Quellenmaterials ohne Weiteres feststeht, dass der Rahmen der ältesten Iniuria im Wesentlichen durch das Delikt der Körperverletzung ausgefüllt war, so ist doch die Bedeutung der einschlägigen Bestimmungen im Einzelnen keineswegs ausser Zweifel.

Das Gesetz scheint zwischen der membri ruptio, auf die Talion gesetzt war, und der ossis fractio[1]), die mit Geld gesühnt wurde, zu unterscheiden. Danach würde für das erstere Delikt die Talion die einzige Strafe sein. Es fragt sich, auf welchem Wege sie vollzogen wurde, wenn der Verletzte — vielleicht gerade in Folge der Verletzung — dem Beschädiger körperlich unterlegen war. Die Bemerkung Catos: si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur[2]), würde diese Schwierigkeit auch dann nicht heben, wenn man sie auf Römische Zustände beziehen könnte[3]). Die Talion als einzige Sühne der membri ruptio lässt sich nur dann aufrecht erhalten, wenn man annimmt, dass ihre Durchführung von Amtswegen erzwungen wurde. Wenn aber das civile Executionsrecht noch der klassischen Zeit vor ungleich geringeren Eingriffen in die persönliche Freiheit des Beklagten zurückschreckte und aus diesem Grunde das formale Judikat selbst in der Eigenthumsklage auf das Interesse abstellte, so wird man sich schwer zu der Annahme entschliessen, dass die Obrigkeit der damaligen Zeit dem Kläger zur Verstümmelung seines Gegners den Büttel zur Verfügung stellte, während sie das noch einschneidendere in partes secare des zu einer Geldleistung Verurtheilten oder Geständigen der privaten Thätigkeit seiner Gläubiger überliess.

Nimmt man eine solche magistratische Hilfe aber nicht an, so bleibt nichts anderes übrig, als die von Cäcilius in dem bereits erwähnten Gespräch vertretene Auffassung, wonach an

[1]) Die Worte aut collisit scheinen auf späterer extensiver Interpretation zu beruhen.

[2]) Cato Orig. 4 S. 17 J. = Priscian 6, 13, 69.

[3]) Jordan, Proleg. S. 51. Mommsen S. 802 Anm. 2.

die Stelle der nicht ausführbaren Talion die Geldstrafe trat, schon für die Zeit der XII Tafeln in Anspruch zu nehmen[1]).

Kam es also bei Undurchführbarkeit der Talion doch zur Geldverurtheilung, so zeigt unsere Ueberlieferung an dieser Stelle eine schwerwiegende Lücke: die Geldtaxe für membri ruptio. Die Taxation hier dem freien arbitrium litis aestimandae zu überlassen, widerspricht dem Prinzip der festen Taxen, von denen die XII Tafeln bei der Körperverletzung ausgehen und das dann gerade in seinen wichtigsten Anwendungsfällen durchbrochen wäre. Unter diesen Umständen liegt es nahe, die Ausfüllung jener Lücke in den Bestimmungen über ossis fractio und in der Generalclausel zu suchen. Dann wäre membri ruptio allgemein jede Gliederbeschädigung und diese würde dem Verletzten zunächst ein Talionsrecht nach vorangegangenem Sühneversuch gegeben haben: konnte oder wollte er dieses Recht nicht realisiren, so erhielt er, falls die Beschädigung in einer Knochenverletzung (fractio oder collisio) bestand, 300 Ass, in geringeren Fällen 25 Ass, wobei es dahingestellt bleiben muss, ob unsere Ueberlieferung etwaige weitere Spezialtaxen übergangen hat.

Diese Combination hängt von der Auslegung der Worte membri ruptio ab. Seit den Tagen Rosshirt's[2]) werden diese als gänzliche Zerstörung eines Gliedes aufgefasst gegenüber dem Knochenbruch, der eine Heilung zuliess, und in der That musste jene als das schwerere Delikt betrachtet werden, so lange man nur in diesem einen Falle die Talion als gestattet ansah. Nun

---

[1]) Gellius 20, 1, 37. Qnod edietum antem praetorum de aestimandis iniuriis probabilius esse existimas, nolo hoc ignores, hanc qnoque ipsam talionem ad aestimationem iudieis redigi necessario solitam. nam si reus, qui depecisei nolnerat, iudiei talionem imperanti non parebat, aestimata lite index hominem peenniae damnabat atqne ita si reo et paetio gravis et acerba talio visa fnerat, severitas legis ad pecuniae mnltam redibat. Die Interpunction nach Husehke Gaius S. 124. Die Worte redigi necessario solitam hei Gellins deuten darauf hin, dass es sich dabei um eine Combination des Juristen, nieht um eine directe Ueberliefernng handelt.

[2]) Gesehichte und System des Dentsehen Strafreehts 2 S. 232 unter Hinweis anf Analogieen aus anderen Reehten, die aber nicht erwähnt sind. Vgl. bes. Günther, Verbreehen der Körperverletzung S. 21 ff., 24 ff. Derselbe, Idee der Wiedervergeltung I S. 121 ff.

ist der Wortlaut der lex Aquilia in ihrem dritten Abschnitt: si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, . . . offensichtlich den Bestimmungen der XII Tafeln nachgebildet, und es wird sich die Interpretation und Casuistik in Ulpians Edictscommentar [1]) um so mehr zur Auslegung der Worte membri ruptio heranziehen lassen, als Ulpians Beispiele zum Theil auf wesentlich ältere Quellen zurückgehen. An die Spitze seiner Ausführungen stellt er den Satz: rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt: corruperit. Es folgen dann als Beispiele aus Celsus das Ausgiessen von Wein, seine Verwandlung in Essig, Ulpian selbst fügt die Verwundung hinzu vel virgis vel loris vel pugnis cecidit [vel telo vel quo alio ut scinderet alicui corpus] [2]) vel tumorem fecerit. Ferner siquis vestimenta sciderit vel inquinaverit, si frumentum effuderit in flumen, si frumento avenam immiscuit, wobei noch Celsus nur die actio in factum geben wollte. Nach Erörterung einer Controverse über das nummos de manu excutere werden zwei Beispiele von Brutus citirt: si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit und si mulum plus iusto oneraverit et aliquid membri ruperit.

Nach alledem ist in der römischen Rechtssprache das Wort rumpere = corrumpere ganz allgemein wie unser „verderben" [3]) gebraucht, sodass der Ausdruck die gänzliche Zerstörung, die Irreparabilität, zwar nicht ausschliesst, aber auch keineswegs nothwendig einschliesst. Dass corrumpere der allgemeine und übergeordnete Begriff für frangere und urere ist, spricht denn auch Celsus [4]) direct aus: non negat fractum et ustum contineri corrupti appellatione, sed non esse novum ut lex specialiter qui-

[1]) L. 27 § 13 ff. D. ad l. A. 9, 2.

[2]) So Mommsen.

[3]) z. B. ich habe ein Schloss an meinem Schreibtisch „verdorben" und musste es vom Schlosser repariren lassen. Danach dürfte auch die Glosse bei Festus (S. 265 M.) Rupsit in XII — überliefert ist rupitias XII — significat damnum dederit auf die membri ruptio zu beziehen sein, zumal die XII Tafeln zwischen ökonomischem und idealem Schaden nicht unterscheiden. Vgl. Mommsen im N. Rh. Mus. N. F. 15, 464; Pernice, Sachbeschädigung S. 177; Mommsen S. 12 ff.

[4]) L. 27 § 16 cit.

busdam enumeratis generale subiciat verbum, quo specialia compleetatur, wozu Ulpian hinzufügt quod verum est.

Dem entspricht es, dass die ausführliche, anscheinend an diese Bestimmungen anknüpfende Darstellung des Arztes Celsus[1]) unter der Ueberschrift ossa vitiata et corrupta quibus signis cognoscantur et qua ratione curentur mit folgender Eintheilung beginnt:

> omne autem os, ubi iniuria accessit, aut vitiatur aut finditur aut frangitur aut foratur aut colliditur: id quod vitiatum est primo fere pingue fit; deinde vel nigrum vel coriosum etc.

Als vitiatio scheint Celsus diejenige Beschädigung anzusehen, die weder mit Zusammenhangstrennung noch mit Substanzverlust verbunden ist, z. B. durch einen Schlag mit stumpfer Gewalt, der eine Beule auftreibt: die anderen Verletzungen fasst er als corruptio zusammen. Jedenfalls ist es ausgeschlossen, dass er die corruptio ossis, die er als technischen Begriff überhaupt nicht verwendet, als unheilbare Verstümmelung angesehen hätte.

Wenn danach die Talion in den XII Tafeln bei jeder Körperverletzung zugelassen war, so lässt sich nicht verkennen, dass diese Einrichtung mit dem obligatorischen Sühneversuch und dem System der Redemtionstaxen wenig harmonirt. Wussten die Parteien, dass der Verletzte die Talion nicht werde erzwingen können, so war ein besonderer Spielraum für die Sühneverhandlungen nicht mehr gegeben. Der Thäter wusste genau, was er zu zahlen haben würde und hatte keine Veranlassung, mehr zu bieten: nur die Ungewissheit über die Absicht und Fähigkeit des Verletzten, das Talionsrecht zu erzwingen, konnte noch als Pressionsmittel benutzt werden. Das Recht der XII Tafeln stellt eben den Uebergang von der alten Blutrache und Selbsthilfe zum staatlichen Strafrecht dar. Das Verlangen des vorhergehenden Sühneversuchs war die erste Bresche in das auf die Dauer mit jedem geordneten Staatsleben unverträgliche System der Selbsthilfe. Der zweite und entscheidende Vorstoss der ge-

[1]) Celsus de med. 8, 2 S. 329 Daremberg. Celsus lebte zu Anfang der Kaiserzeit.

läuterten Rechtsidee war die Concurrenz der Talion mit dem ordentlichen Verfahren: beide Massregeln haben ineinandergreifend bewirkt, was sie bewirken sollten: die Abschaffung der Selbsthilfe.

Einen Ueberrest aus deren Herrschaft spiegelt endlich noch das Ritual der dinglichen Sakramentalklage wider, das in Kürze zu berühren, für das Verständniss der ältesten Iniuria wünschenswerth erscheint[1]). Nach beiderseitiger Eigenthumsbehauptung unter Anlegung der vindicta an die Sache als Symbol der Gewaltanwendung spricht der Kläger die Worte: Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris, worauf Beklagter antwortet: ius peregi sicut vindictam imposui. Kläger provozirt den Gegner nunmehr mit den Worten: quando tu i n i u r i a vindicavisti D (oder L) aeris sacramento te provoco, die Beklagter darauf wörtlich oder inhaltlich wiederholt. Iniuria hier als Bezeichnung der Rechtswidrigkeit aufzufassen, wird man sich nicht entschliessen wollen: es ist nicht wahrscheinlich, dass die Zeit der XII Tafeln das Wort in seinem weitesten Umfange gebraucht haben sollte, während es in dem Gesetze selbst zur Bezeichnung einer bestimmten Deliktsgruppe dient. Versucht man aber den Ausdruck technisch zu erklären, so ergiebt sich Folgendes: Das geschilderte Ritual ist die symbolische Andeutung des Kampfes um die Sache, der früher real ausgefochten und jetzt durch die richterliche Entscheidung ersetzt wurde, und zwar eines Kampfes, der die rechtliche Form der Selbsthilfe annimmt. Es ist die Fiction eines gewaltsamen Vertreibungsversuchs zur Wiedererlangung der entrissenen Sache resp. der Abwehr gegen den Versuch der gewaltsamen Entziehung. Von den beiderseitigen Gewaltübungen ist diejenige straffrei, die zur Behauptung des Rechts geschah, also diejenige des Eigenthümers, während die andere unter Umständen den Thatbestand des späteren crimen vis erfüllt. Hienach stellt die Iniuria in der Verbindung iniuria vindicavisti die Anwendung von Gewalt dar, die gegen den Eigenthümer einer Sache begangen ist, um ihm diese zu entziehen und sie in die Gewalt des Thäters zu bringen. Dann erklärt es sich auch, dass man das Succumbenzgeld der

[1]) Gaius 4, 16. Die Litteratur bei Wach zu Keller § 14 n. 204 und 210. Dazu Bechmann Zur legis actio sacramento in rem. Die im Text vertretene Auffassung geht auf Göppert zurück.

sachfälligen Partei nach der Höhe des Objekts abstufte, wie bei Körperverletzung nach der Schwere der Beschädigung. Dabei kann nicht verkannt werden, dass wir in der Sakramentalklage wie in einem Theil des späteren Interdiktenrechts nur noch die symbolische Wiederspiegelung realer Gewaltanwendung vor uns haben; aber auch das wird für die Annahme ausreichen, dass zu der Zeit, wo die Formel geprägt wurde, jene Iniuria den gewaltsamen Angriff auf die Person bedeutete. Später ist die Bedeutung der Formel zweifellos abgeschwächt und zugleich verallgemeinert worden, und zwar in der Sphäre des Persönlichkeitsdelikts ebenso wie analog in der correspondirenden Sphäre der Sachbeschädigung. Was die Iniuria als mittelbare Verletzung der Person anlangt, so ist in der bereits citirten Darstellung von Gaius eine Bestimmung enthalten, die vom Standpunkt der XII Tafeln nur als Sachbeschädigung aufgefasst werden kann, ich meine die Knochenverletzung des Sklaven. Es wird kaum zweifelhaft erscheinen, dass die spätere Construction des entwickelten Rechts[1]), wonach die Iniuria gegen Gewaltunterworfene unter Umständen das Klagrecht des Gewaltherrn begründen kann, der Zeit der XII Tafeln nicht imputirt werden darf. Mag man als Grund jener Ausdehnung die Verletzung des Dispositionsrechts ansehen[2]) oder mag man darauf abstellen, dass der Gewaltherr ins Gerede kommt, wenn er sich seiner Schutzbefohlenen nicht annimmt, in jedem Falle ist klar, dass die sogenannte mittelbare Iniuria, die zunächst wohl an die Iniuriirung des Haussohnes und der Ehefrau angeknüpft hat, eine späte und künstliche Neuschöpfung der Theorie, das Resultat einer langen historischen Entwickelung ist.

Wenn wir so einen Fall der Sachbeschädigung von der Ueberlieferung selbst dem Iniuriensystem unterstellt finden, so wird es um so weniger Bedenken unterliegen, auch die Bestimmung über Sachbeschädigung an Bäumen: qui iniuria cecidisset, im Sinne der XII Tafeln dem Iniurienrecht zu unterstellen:

Fuit et arborum cura legibus priscis cautumque est XII

---

[1]) L. 1 § 3. l. 15 § 37 D. h. t. Vgl. Pernice S. 41; Huschke Gaius S. 160. Unten § 4.

[2]) Landsberg, Iniuria und Beleidigung S. 51.

tabulis ut qui iniuria cecidisset alienas lueret in singulas aeris XXV [1]).

Dann wäre dem Sinne nach zu übertragen: wer eine Iniuria dadurch begeht, dass er . . . . . . Die Strafe von 25 Ass entspricht der bereits erwähnten Generalclausel und auch das dürfte als unterstützendes Moment für die hier vertretene Auffassung in Betracht kommen.

Ueber die Stellung der XII Tafeln zu den sonstigen Formen der Sachbeschädigung sind wir nur wenig unterrichtet [2]). Es scheint, dass für die wichtigsten Fälle die criminelle Ahndung an Stelle des civilen Schutzes trat, so vor Allem bei der Brandstiftung und Brandbeschädigung von Häusern und daneben geschichtetem Getreide [3]). Die Tödtung von Ackerstieren wurde nach Varro von altersher als Capitalverbrechen angesehen [4]). Damit würde die Zahl der in der älteren Zeit wichtigsten Eigenthumsobjecte geschlossen sein: nur eine Bestimmung über die Tödtung von Sklaven wird in der uns erhaltenen Ueberlieferung vermisst. Wenn wir aus Varro entnehmen dürfen, dass in den XII Tafeln das bucidium als capital angesehen wurde, so würde daraus unbedenklich das Gleiche für den Sklavenmord zu folgern sein — nicht im Sinne einer erheblich späteren Zeit, die ihn als Morddelikt auffasste [5]), sondern als schwerste Sachbeschädigung mit Rücksicht auf die Wichtigkeit des Objects, die in jener Zeit für Sklaven und Ackerstiere gleich gross war. Damit wäre der Kreis der von der lex Aquilia umgrenzten Objecte im Wesentlichen geschlossen: für die ceterae res der Aquilia bliebe die Generalclausel si iniuriam faxit übrig. Das Prinzip des

---

[1]) Plinius, Nat. Hist. 17, 1, 7. Schwierigkeiten bereitet das Verhältniss dieser Klage zur prätorischen actio arborum furtim caesarum. Vgl. Lenel Edictum S. 268 f.; Pernice S. 19.

[2]) Pernice, Sachbeschädigung S. 1—11.

[3]) L. 9 D. de inc. 47, 9 (Gaius); die actio de pastu pecoris erwähnt Ulpian L. 14 § 3 D. de praescriptis verbis 29, 5.

[4]) Varro de r. r. II, 5, 4: ab hoc (bove aratore) antiqui manus ita abstineri voluerunt, ut capite sanxerint, si quis occidisset. Vgl. Columella de r. r. VI pr. § 7.

[5]) Mommsen S. 616 Anm. 3. Das Mordgesetz Numas soll ausdrücklich auf den Tod des Freien abgestellt haben (Festus S. 121 M.), und zweifellos war dies auch die Auffassung der XII Tafeln.

— einfachen oder erhöhten — Werthersatzes über die Fälle hinaus, in denen es erwähnt wird[1]), als allgemeines den XII Tafeln zu vindiciren, bietet die Ueberlieferung keinen Anhalt[2]): wahrscheinlich beschränkte es sich auf die Ausnahme- bezw. Grenzfälle der Sachbeschädigung, nämlich die Pauperies[3]), das Delikt des Sklaven und Haussohnes und die Beschädigung mit zweifelhafter Zurechenbarkeit[4]).

Um die bisherige Erörterung kurz zusammenzufassen:

Die Iniuria der XII Tafeln zerfällt in die unmittelbare Verletzung der Person, im Wesentlichen Körperverletzung und etwa noch Gewaltanwendung und in die mittelbare Verletzung der Person in ihrem Vermögen, nämlich Sachbeschädigung.

Erst die Ablösung der letzteren durch die lex Aquilia gestattete die Vertiefung des Persönlichkeitsdelikts, die dann dem prätorischen Edict verdankt wird.

Bevor dies darzustellen unternommen wird, erscheint das Eingehen auf ein bisher absichtlich übergangenes Problem nöthig, das angebliche Schmähgedicht der XII Tafeln, das im Folgenden als Zauberlied (Zauberformel) zu erweisen versucht werden soll.

§ 2.

Das Schmähgedicht in den XII Tafeln.

Die Occentatio als Criminalverbrechen könnte an sich in einer Darstellung des Iniuriensystems übergegangen werden: was dem im Wege steht, ist nicht sowohl die Zusammenstellung lege XII tabularum de famosis carminibus membris ruptis et ossibus fractis bei Paulus (5, 4, 6) als eine allgemeine Erwägung. Wenn das Recht der XII Tafeln die Beleidigung als Delikt nicht bloss

[1]) Bei der S. 10 Anm. 3 erwähnten Art der Brandbeschädigung und bei Erntediebstahl von impuberes.

[2]) Pernice, Sachbeschädigung S. 3 f. Ein argumentum e contrario liegt in der Bestrafung des Knochenbruches bei Sklaven.

[3]) Hierauf möchte ich Festus S. 322 M. beziehen: sarcito in XII Ser. Sulpicius ait significare damnum solvito, praestato. cf. L. 1 pr. D. si quadr. 9, 1. Ulpian.

[4]) Der Ausdruck ist absichtlich unbestimmt gewählt. Bei der Brandbeschädigung ist auch die schuldlose Begehung vom Gesetz einbegriffen.

kennt, sondern sie im Falle des Schmähliedes als Capitalverbrechen bestraft, so konnte davon der Begriff des Privatdelikts Iniuria nicht wohl unberührt bleiben: der Ausschluss der Beleidigung von der Iniuria wäre dann ebenso unverständlich wie die Annahme, dass ein Recht, das die poetische Beleidigung mit dem Tode bestraft, die prosaische ungesühnt lässt und nicht einmal der Civilklage unterwirft. Der sonst naheliegende Gedanke, hier eine Lücke der Ueberlieferung anzunehmen, wäre dann freilich angesichts der Darstellung von Gaius sowie aus inneren Gründen, die in dem vorigen Abschnitt dargelegt sind, undurchführbar, wie denn auch die moderne Theorie [1]), so sehr sie in Einzelheiten auseinandergeht, in dem einen Punkt übereinstimmt, dass die Beleidigung abgesehen von der Occentatio unter der ältesten Iniuria nicht mit inbegriffen war.

So stossen wir bei der Auffassung der Occentatio als Schmählied von vorne herein auf ein Räthsel. Die zweite Schwierigkeit, um das vorwegzunehmen, liegt in der Existenz der Fescenninen, der Anfänge des italischen Dramas. Es ist schwer, sich die Entwicklung der römischen Comödie wie der Satura vorzustellen, wenn man annehmen muss, dass die ältesten Dichter wegen persönlicher Angriffe, die sie in ihre Dichtungen verflochten, die Todesstrafe zu riskiren hatten. Ja bei dem ursprünglich improvisatorischen Charakter und der allgemeinen Volksbetheiligung der Erntefeste drohte dieses Schicksal unter Umständen einer grossen Mehrzahl der Theilnehmer.

Indessen kann unsere Frage naturgemäss nicht durch allgemeine Erwägungen sondern nur durch genaue Prüfung der Ueberlieferung beantwortet werden, und dies zu thun schicke ich mich nunmehr an.

Die Occentatio der XII Tafeln wird als solche direkt erwähnt von Cicero und Festus, von dem ersteren in einer Scipio in den Mund gelegten Aeusserung in den Büchern vom Staat, die Augustin ad verbum excerpenda arbitratus mittheilt [2]), nonnullis propter faciliorem intellectum vel praetermissis vel paululum commutatis. Ueber den Zusammenhang der Stelle kann kein

---

[1]) Landsberg a. a. O. S. 32; v. Liszt S. 321; Mommsen S. 786; Pernice S. 22.

[2]) De civitate Dei 2, 9.

Zweifel sein. Scipio führt aus, wie im Gegensatz zu der Praxis in Griechenland die römischen Lustspieldichter sich in der satirischen Behandlung der leitenden Staatsmänner eine weitgehende Zurückhaltung auferlegten: nostrae contra XII tabulae, cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt, si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri. Präclare. Iudiciis enim magistratuum, disceptationibus legitimis propositam vitam, non poetarum ingeniis habere debemus, nec probrum audire nisi ea lege, ut respondere liceat et iudicio defendere. Das Stichwort occentare erläutert dann Festus (S. 181 Müller): occentassint antiqui dicebant, quod nunc convicium fecerit dicimus, quod id clare et cum quodam canore fit, ut procul exaudiri possit; quod turpe habetur, quod non sine causa fieri putatur.

Dies der zunächst entscheidende Theil der Beweisstellen [1]). Von vorne herein ist klar, dass das Citat Scipios occentavisset sive carmen usw. in den XII Tafeln nicht wörtlich gestanden haben kann. Das Gesetz kann seine eigenen Worte nicht mit sive erläutert haben. Wir haben nur die Wahl zwischen occentavisset und den umschreibenden Worten, und diese Wahl kann auch abgesehen von Festus kaum zweifelhaft sein. In den XII Tafeln war demnach der Deliktsthatbestand mit dem Wort occentassit bezeichnet. Die umschreibenden Worte Ciceros wird man trotzdem nicht als dessen eigene Mache anzusehen haben. Die XII Tafeln waren Gegenstand des Schulunterrichts [2]) und wurden eben deshalb und wegen ihrer practischen Wichtigkeit gerade in alter Zeit nicht blos sprachlich modernisirt sondern auch mit erklärenden Glossen versehen, von denen mehr als eine bei Festus und Anderen erhalten ist. Es ist deshalb nicht wahrscheinlich, dass Cicero, wenn er eine solche umschreibende Erklärung mittheilte, sie sich neu und ad hoc construirt haben sollte. Sie wird in den damals gangbaren Lehrbüchern gestanden haben.

Das Wort Occentare, um damit zu beginnen, kommt, von

---

[1]) Die anderen sind in § 7 besprochen.

[2]) Cic. de leg. 2, 23, 59: discebamus enim pueri XII ut carmen necessarium. Schoell, Proleg. S. 4 ff.

den citirten Stellen abgesehen, nur noch bei Plautus und Ammian vor.

Im Mercator macht der alte Demipho Charinus darauf aufmerksam, dass eine schöne Sklavin, die er mit allerlei Nebenabsichten gekauft hat und seiner Frau als Begleiterin aufdrängen will, sich zu dieser Rolle nicht eignen dürfte und erläutert das auf Charinus Frage mit den Worten

quia illa forma matrem familias
flagitium sit si sequatur; quando incedet per vias,
contemplent, conspicient omnes, nutent, nictent, sibilent,
vellicent, vocent, molesti sint; occentent ostium:
impleantur elegeorum meae fores carbonibus[1]).

Das ostium occentare, um ein Mädchen zu gewinnen, kehrt dann auch im Persa wieder. Dardalus will eine schöne Sklavin kaufen und, als Toxilus ihn darauf hinweist, wie nun alle Welt sich um seine Gunst bemühen werde, um dem zu begegnen, Niemanden in sein Haus lassen. Toxilus erwidert, dann solle er nur sein Haus mit eisernen Riegeln, Thüren und Schlössern verschliessen lassen; so gross werde der Andrang sein[2]):

Noctu occentabunt ostium
exurent fores.

Eine solche occentatio vor der Thüre finden wir dann endlich wörtlich im Curculio. Phädromus überlegt, wie er eine Sklavin Planesium, die sich im Besitz des Kupplers befindet, gewinnen könnte. Er kommt auf den Gedanken:

Quid? si adeam ad fores atque occentem?[3])

und führt ihn dann im Folgenden auch aus, indem er den Riegel vor dem Hause des Kupplers apostrophirt:

Pessuli, heus pessuli, vos saluto lubens
vos amo, vos volo, vos peto atque obsecro
gerite amanti mihi morem, amönissumi
fite causa mea ludii barbari
sussilite obsecro et mittite istanc foras,
quae mihi misero amanti ebibit sanguinem.

---

[1]) Plautus Mercator 2, 3, 70 ff. = 405 ff.
[2]) Persa 4, 4, 20 = 569.
[3]) Curculio 1, 2. 57 ff. = 145 ff.

hoc vide ut dormiunt pessuli pessumi
nec mea gratia commovent se ocius.
re spicio, nihili meam vos gratiam facere.

In diesem Moment öffnet sich die Thüre, und die Szene erhebt sich für einen Augenblick zu einer imposanten Höhe, als Planesium heraus tritt und sich an Phaedromus mit den Worten wendet:

Ubi tu es, qui me convadatu's Veneriis vadimoniis?[1])
sisto ego tibi me et mihi contra itidem ut sistas suadeo[2]).

Nicht minder endlich zeigt sich die auf den Liebeszauber hinweisende Bedeutung von Occentare in der letzten Stelle, in der wir das Wort bei Plautus nachweisen können, im Stichus. Der alte Antiphon legt seinen Schwiegersöhnen Pamphilippus und Epignomus, die von einer langen Reise unerwartet zurückgekehrt sind, in der Verkleidung eines Märchens, das er ihnen erzählt, seinen Wunsch nahe, sie möchten ihm eine schöne Sklavin, die sie mitgebracht, an Stelle der Töchter schenken,

---

[1]) Costa, Il diritto privato Romano nelle comedie di Plauto 1890 S. 449f. und dazu Bekker in der Zeitschrift der Savignystiftung Rom. Abth. III S. 53ff., bes. 99ff. — In Casina 4, 2, 9 = 806 wird suffundam zu lesen sein.

[2]) Das „Besingen" der Thüre findet sich auch bei Tibull:

Janua difficilis dominae, te verberet imber
Te Jovis imperio fulmina missa petant.
Janua, iam pateas uni mihi, victa querellis
Neu furtim verso cardine aperta sones.
Et mala si qua tibi dixit dementia nostra,
Ignoscas: capiti sint precor illa meo.
Te meminisse decet, qua plurima voce peregi
Supplice, cum posti florea serta darem.
— — — — — — — — — — — —
Hanc ego de coelo ducentem sidera vidi,
Fluminis haec rapidi carmine vertit iter
— — — —
Haec mihi composuit cantus, quis fallere posses.
Ter cane, ter dictis despue carmibus usw.

Tibull 1, 2, 7ff. Vgl. Virgil Ecl. 8, 64ff.; Properz 1, 16, 17ff.; 3, 5; Horat. Sat. 1, 8; Juvenal 6, 609ff.; Ovid. Ep. Her. 6. Amor. 1, 8. Das Vorbild aus der griechischen Litteratur ist die zweite Idylle Theocrits.

die er ihnen zu Gattinnen gegeben. Als er sich darauf entfernt hat, macht sich Pamphilippus zu seinem Schwager über den alten Sünder mit den Worten lustig[1]):

Graphicum mortalem Antiphonem: ut apologum fecit fabre.
Etiam nunc scelestus sese ducit pro adulescentulo.
Dabitur homini amica, noctu quae in lecto occentet senem:
Namque edepol aliud quidem illi quid amica opus sit nescio.

Der Plautinische Sprachgebrauch bietet nach alledem keinen Anhalt, Occentatio als Schmählied aufzufassen[2]): es ist das Singen d. h. das Hersagen von Liedern oder Sprüchen, die eine übernatürliche Wirkung ausüben, und zwar, wie die dargestellten Situationen es mit sich brachten, bei Plautus mit Beziehung auf den Liebeszauber. Dass dies nicht noch schärfer hervortritt, dass insbesondere die verschiedenen Manipulationen und die eigentlichen Beschwörungen der Götter fehlen, die man in diesem Zusammenhange erwarten könnte, findet seine Erklärung in dem Umstande, dass die scenische Vorführung dieser Dinge sicherlich auf religiöse Bedenken gestossen wäre und die Darstellung ihrer Natur nach ja bis zu einem gewissen Grade Carrikatur ist: die naturgetreuere Vorführung einer Beschwörung, als sie Plautus giebt, hätte den Lustspielton durchbrochen.

Ein mehr düsteres Gegenstück zu Plautus' Liebeszauber zeigt uns ein Bericht Ammians über unglückverheissende Vorbedeutungen in dem Kampfe Valentinians gegen die Quaden (30, 5, 16): apud Sirmium repentino fragore nubium fulmen excussum, palatii et curiae partem incendit et fori et apud Sabariam eodem adhuc constituto bubo culminibus regii lavacri insidens occentansque funebria nulla iacentium sagittas et lapides contemplabili dextera cadere potuit, certatim licet ardenti studio petebatur[3]).

---

[1]) Plautus Stichus 3, 5, 1 ff. = 569 ff.

[2]) Diese Uebertragung — vgl. Georges s. h. v. — ist, wie man ohne Weiteres bemerkt, an den ersten drei Stellen schlechterdings unmöglich. Es wäre auch mehr als seltsam, wenn die Liebhaber bei Plautus Schmählieder als Lockmittel angewandt hätten, um ihre Geliebte zu gewinnen.

[3]) Diese Bedeutung, unglückverheissender Gesang von Weissagevögeln oder das gleichbedeutende Pfeifen von Spitzmäusen, hat occinere in der Regel (Liv. 6, 41, 8; 10, 40, 14. Valer. Max. 1, 4, 2) — nur Ammian, der hie-

In diesem Zusammenhange darf auch erwähnt werden, dass die von demselben Stamme abgeleitete Wortbildung obcantare an den beiden Stellen, an denen sie sich nachweisen lässt, den Zauberbann direct bedeutet. Paulus erwähnt ad legem Corneliam die Bestimmung (5, 23, 15): qui sacra impia nocturnave, ut quem obcantarent, defigerent, obligarent, fecerint faciendave curaverint etc, und in Apuleius' Vertheidigungsrede[1]) gegen den Vorwurf der Zauberei wird die Pudentilla eine mulier obcantata vecors amens amans genannt.

Auf die zum Schaden eines Dritten geübte Zauberei, die wir bisher in dem Begriff occentare nicht nachweisen konnten, führt dann die bei Cicero mitgetheilte Paraphrase. Um diese zu erklären und gleichzeitig aufzuhellen, wie es möglich war, die Occentatio mit dem carmen quod infamiam faceret zu erläutern, muss etwas weiter ausgeholt werden.

Ueber die Beschädigung durch Zauberei im ältesten Rom[2]) sind wir begreiflicher Weise nur sehr spärlich unterrichtet. Das für die spätere Kaiserzeit[3]) überreich vorhandene Material lässt sich für die Zeit der älteren Republik nahezu überhaupt nicht verwerthen, weil die damaligen Zustände auf diesem Gebiet wesentlich erst durch das massenhafte Einströmen ausländischer insbesondere orientalischer und ägyptischer Gebräuche und Missbräuche in die Hauptstadt der Welt herbeigeführt sind. Immerhin führen schon diejenigen hierher gehörigen Bestimmungen der XII Tafeln, deren Auslegung keinem Zweifel unterliegt, auf ein hohes Alter der jenen Deliktsformen zu Grunde liegenden Anschauungen. Sowohl die Beschädigung wie der Diebstahl von Feldfrüchten durch Zauberei wird mit dem Tode bestraft und in dem ersteren Fall das Lied bezw. die Formel als Zaubermittel wenigstens

für occentare verwendet, braucht occinere zur Bezeichnung militärischer Signale (16, 12, 62; 31, 15, 13) und Apuleius (Flor. 13) für den Gesang der Vögel schlechthin (occinunt et occipiunt carmine) — und occentus stets (Plinius 8, 82, 3; Valer. Max. 1, 1, 5; Ammian 16, 8, 2). Die lautliche Abhängigkeit zwischen den drei Worten ist offenbar die, dass von occinere occentus und von occentus occentare gebildet ist.

[1]) Apol. 84 S. 102 v. d. Vliet.

[2]) Marquardt-Wissowa, Handbuch 3² S. 108 ff.; Paully, Encyclopädie 1² S. 29 ff., 4 S. 1377 ff.; Mommsen S. 639 ff.

[3]) Codex Theodos. 9, 16 und dazu Gothofred.

indirect bezeichnet [1]), während Plinius daneben [2]) noch und also als davon verschieden die Zauberei durch malum carmen incantare in den XII Tafeln erwähnt. Es wird schon hiernach kaum eine andere Deutung für diese letztere Bestimmung übrig bleiben als: Verletzung der Person durch Zauberei resp. anzunehmen sein, dass damit zunächst die allgemeine Strafandrohung ausgesprochen war, von der die beiden erwähnten lediglich Spezialfälle bildeten. Bei so eingehender Berücksichtigung des Zauberdelikts in den XII Tafeln kann es nicht weiter auffallen, dass die Gesetzgebung mehrere Jahrhunderte hindurch keine Veranlassung zu ergänzenden Bestimmungen hatte. Erst als unter dem Einfluss des Auslandes neue Superstitionsformen aufkamen, trat die Nothwendigkeit ein, ihnen mit neuen Gesetzen zu begegnen. So finden wir denn erst zu Anfang des ersten vorchristlichen Jahrhunderts einen Senatsbeschluss gegen Menschenopfer, wie die Natur der Sache mehr noch als der verstümmelte Bericht bei Plinius [3]) zeigt, in Verbindung mit verbotenen Culthandlungen, und den gleichen Zusammenhang lässt die von Paulus erwähnte Gesetzesbestimmung erkennen, wonach die qualifizirte Todesstrafe auf diejenigen erstreckt worden ist, qui sacra impia nocturnave, ut quem obcantarent, defigerent obligarent, fecerint [4]), offenbar im Anschluss an eine extensive Auslegung des Sullanischen Giftmordgesetzes, an das überhaupt die spätere Entwicklung des Zauberdelikts anknüpft [5]). Wenn wir somit schon durch die die Zauberei betreffende Strafgesetzgebung auf ein relativ hohes Alter der diesen Deliktsformen zu Grunde liegenden Anschauungen geführt werden, so erwecken auch die Zauberlieder der klassischen Dichter [6]) keineswegs den Eindruck, dass die Uebel, die sie theils darstellen, theils bekämpfen, ausschliesslich auf soeben erst importirten ausländischen Gebräuchen beruhn. Auch die inschriftliche Ueberlieferung, die, wie über-

---

[1]) Plinius 28, 2, 10 ff. qui fruges excantassit. Seneca quaest. nat. 4, 7. Vgl. Bruns zu lex XII tab. 8, 8.

[2]) Plinius a. a. O. fährt fort: et alibi qui malum carmen incantassit.

[3]) Plinius 30, 3, 12.

[4]) Paulus 5, 24, 15.

[5]) L. 13 D. ad leg. C. 48, 8 Mommsen S. 640.

[6]) Oben S. 15 Anm. 2.

haupt für die republikanische Zeit unvergleichlich spärlicher als für die kaiserliche fliesst, lässt das Unwesen zumal der Defixionen[1]) als eine altitalische, nicht specifisch römische Verirrung erscheinen und zwingt schon damit zu der Annahme eines hohen Alters dieser Superstitionsformen.

Den Defixionen[1]) liegt die Vorstellung zu Grunde, dass man Jemanden an der Gesundheit und selbst am Leben schädigen kann, wenn man unter Anwendung entsprechender Ceremonien seinen Namen den Unterirdischen weiht. Meist wird er auf eine Tafel geschrieben und diese in den Boden vergraben oder ins Grab gelegt. Die Tafeln, meist Bleiplatten, enthalten neben dem Namen oft auch die Verwünschung selber, gewöhnlich eine Anrufung der unterirdischen Götter den Genannten zu verderben, zuweilen auch — und dies ist für uns wesentlich — auch den Grund, weshalb die Verwünschung ausgesprochen wird. Nicht selten wird die Tafel auch über der Erde und, wie wir annehmen müssen, an einem in die Augen fallenden Ort angebracht. Die bedingten Verwünschungen: X soll verderben, wenn er mir das Gestohlene nicht wiederbringt, waren offenbar darauf berechnet, von dem Thäter gelesen zu werden und als Pression zu wirken. Desgleichen hat die nämliche Wirkung auch die gesprochene Zauberformel, wenn sie von den nöthigen Ceremonien begleitet ist.

Aus dem massenhaften Material sollen hier einige characteristische Fälle mitgetheilt werden, und zwar zunächst Execrationen in oskischer Sprache — die ich nach der lateinischen Uebertragung der Herausgeber wiederhole — weil deren relativ hohes Alter keinem Zweifel unterworfen ist.

Stenius Clumnius . . . | nec fari nec dicere possint. Lucius Octavius Novellum Velliam | nec dicere nec fari possit | nec monumentum neque ollam sibi velit[2]).

Eine Bleitafel aus der Necropole von Alt-Capua, die Bücheler[3]) herausgegeben und übertragen hat:

[1]) Zusammenstellungen von Wachsmuth im N. Rh. Museum 1863 S. 539 ff. Wünsch im C. J. Att. Appendix S. XXIV ff. Ueber die griechischen, die hier übergegangen sind, Kuhnert im N. Rh. Mus. 1894 S. 37 ff. Ausgaben der Zauberpapyri von Wessely in den Berichten der Wiener Akademie Bd. 36 und 42.

[2]) Zvetajeff Sylloge S. 30 no. 49.

[3]) N. Rh. Museum 33 S. 177.

Cereri ultrici mandavi, quae qui . . . . . propriores Paquio Cluatio dis Manibus . . . . potestatem deferat, id tibi mandari. Vibiae prae . . am . . . um reddat. Cereri et ultrici et dis Manibus et sepulcri potestati si nec reddit, veneat acri eius . . . et caedatur et cruentetur.

Es folgen dann die eigentlichen Verwünschungen, darunter cum far capit ne possit edere nec minuere famem . . . quae homines vivi pascuntur denique Paquius Cluatius dis Manibus tabescat . . . Vibiae Aquiae, sive detuleris Paqium Cluatium dis Manibus . . . . Als Grund der Verwünschung wird hier ein Diebstahl angedeutet: si nec reddit, veneat. Sehr viel deutlicher tritt dies in einer lateinischen Inschrift aus Emerida hervor (CJL 2, 262): Dea Atacina Turibrig(ensis) Proserpina, per tuam maiestatem te rogo oro obsecro ut vindices, quod mihi furti factum est; quisquis mihi immudavit involavit minusve fecit eas [res] quae infra sriptae sunt: tunicas VI (p)änula lintea II indusium cuius . . . m iguoro . . . . . Der Dieb scheint hier nicht bekannt zu sein; auch sonst wird oft allgemein der Thäter eines bestimmt angegebenen Unrechts verflucht. So auf einer Inschrift aus Norica (CJL 3 suppl. 11882): Domitius Niger et . . . (folgen Namen) adversarii Bruttae et quisquis adversus il(l)am loqut(us est) omnes perdes.

Ein Diebstahl liegt auch der Verwünschung auf der Inschrift von Bath[1]) zu Grunde: qui mihi mantelium involavit, sic liquat (c)com aqua ella muta ni qui eam salvavit Anuins vel exsuper eius Veriauus usw. (folgen 6 Namen).

Desgleichen in der Inschrift von Lydney Park (CJL. 7, 140): Devo Nodenti. Silv(l)anus anilum perdedit, demediam partem donavit Nodenti; inter quibus nomen Seniciani nollis permittas sanitatem donec perferat usque templum Nodentis d. h. der Bestohlene hat für den Fall der Wiedererlangung die Hälfte des Werths dem Tempel versprochen. Senicianus wird als der muthmassliche Thäter bezeichnet. Ein sehr umfassendes Sündenregister enthält endlich die in Jamben abgefasste Verwünschung

---

[1]) Hermes B. 15 S. 588 ff. (Zangemeister). Die am Schluss genannten Personen betrachtet Z. als nach der Meinung des Verwünschenden des Diebstahl verdächtig.

der Freigelassenen Acte (CJL. 6, 20905 = Bücheler carmina epigr. Nr. 95):

Hic stigmata aeterna Acte libertae scripta sunt
venenariae et perfidae dolosae duri pectoris
— — — — — adulterum
patronum circumscripsit et ministros ancillam et puerum
lecto iacenti patrono abduxit,
ut animo desponderet solus relictus spoliatus senex.

In der älteren Zeit lauten die Verwünschungen meist kürzer: es werden lediglich die Namen der Verfluchten angegeben, mit Einleitungen wie inimicorum nomina: oder data nomina ad inferos: Dite pater, tibi commendo; accepta sit (CJL. 1, 818 = 6, 140); apud vostrum numen demando devoveo desacrificio (CJ. L. 11, 1823); ja die blossen Namen allein genügen schon. Als Fluchgötter werden ursprünglich nur die di Manes oder die inferi erwähnt. Auch die angewünschte Schädigung wird in der Regel kurz ausgedrückt: uti tabescat morbus (CJL. 10, 3824), deponas at Tartara (CJL. 8 suppl. 19523) — nur einmal wird mit abstossender Ausführlichkeit fast jeder Körpertheil einzeln verflucht (CJL. 10, 8249) — oder es werden einzelne Sinne aufgezählt: facias illum sine sensum sine memoria sine spiritu sine medulla sit vi mutuscus (CJL. 8 suppl. 19523).

Der Ungewissheit über die Person des zu Verfluchenden sind wir bereits begegnet: bezieht sie sich nur auf dessen Namen, so wird mit einem seive ea alio nomine est (CJL. 1, 820 = 10, 1604) geholfen, desgleichen auch bei Unsicherheit über Namen der Fluchgottheit (CJL. 11, 1823): Nimfas sive quo alio nomine voltis adpellari[1]). In allen diesen Fällen handelt es sich um Verwünschung durch geschriebene Worte; auf gesprochene scheint sich die Grabschrift der Ennia (CJL. 8, 2756) zu beziehen: Ennia hic sita est . . .; quae non ut meruit, ita sortis mortem retulit: carminibus defixa iacuit per tempora muta usw.

---

[1]) In den folgenden Worten ut vos eum interematis interficiatis annum intra itusm wird am Schluss itsum zu lesen und ipsum gemeint sein. — Die Inschrift in Constantinopel Collections du musée Alaoui I 1890 S. 57 ff. ist ein Zauberlied, um den untreuen Geliebten zu gewinnen.



Wenn auch die ältesten dieser Inschriften, soweit sie in lateinischer Sprache abgefasst sind, kaum über das erste Jahrhundert der Kaiserzeit hinausgehen, so wird das hohe Alter der Execration an sich durch die litterarische Überlieferung bezeugt. Sie wurzelt — in ihrer erlaubten Seite — tief in dem Sacralrecht Altroms. Auf ihr beruht die consecratio capitis — das sacer esto des ältesten Rechts —, auf ihr die Einrichtung des ver sacrum ebenso wie die Devotion im Kriege. Der Selbstverfluchung der Decier steht die Evocation der Götter aus dem Feindesland und dessen Devotion gegenüber: Dis pater Vejovis manes sive quo alio nomine fas est nominare, ut omnes illam urbem . . . exercitumque . . . fuga formidine terrore compleatis, uti vos eas urbes . . . devotas consecratasque habeatis eosque ego vicarios pro me . . . legionibusque nostris do devoveo, ut me . . . exercitumque nostrum salvos siritis esse [1]).

An diese erlaubte und nach Umständen gebotene Devotion, die als Hingabe eines Sühneopfers an die Götter gedacht ist, hat die verbotene angeknüpft wie der Aberglaube nothwendig an die Religion anknüpft: der Verfluchende weiht sein Opfer den Unterirdischen zur Sühne für die angeblich von diesem begangene Missethat. Dass dabei in der epigraphischen Tradition die carmina defixionum gegenüber den tabulae nahezu ganz und in der litterarischen, abgesehen von den Darstellungen der Dichter, wesentlich zurücktreten, liegt in der Natur der Sache: dass aber in den ältesten Zeiten Roms das thatsächliche Verhältniss umgekehrt gewesen sein muss, ergiebt sich schon daraus, dass die Schrift damals einen durchaus esoterischen Charakter hat, und ihre Kenntniss gerade in den unteren Kreisen, von denen jene Manipulationen hauptsächlich geübt wurden, sicherlich nur sehr wenig verbreitet war. Wie sehr aber die Verbindung der Zauberlieder und der Devotionen in Rom geläufig war, zeigt der Ausdruck, den Tacitus auf Germanicus' Ermordung, den berühmtesten Defixionsfall der römischen Geschichte, anwendet: reperiebantur solo ac parietibus erutae humanorum corporum reliquiae, carmina et devotiones et nomen Germanici plumbeis tabulis insculptum, semusti cineres ac tabo

[1]) Macrob. 3, 9, 9.

obliti aliaque maleficia, quis creditur animas numinibus infernis sacrari [1]).

So ist es denn auch natürlich, dass wir bei dem Gegenstück zu der Körperverletzung durch Zauberei, der Be- oder Verhexung von Saaten in den XII Tafeln gleichfalls die Zauberformel zunächst als gesprochen resp. gesungen und nicht als geschrieben gedacht finden. Plinius erwähnt die Strafsanction der XII Tafeln gegen den, qui fruges excantassit [2]) und berichtet von dem Strafverfahren gegen Furius Cresimus, cur fruges alienos perliceret veneficiis [3]). Wie correct er aber den inneren Zusammenhang zwischen der durch Zauberei bewirkten Beschädigung der Person und ihres Vermögens auffasste, zeigt die Anordnung der Darstellung an der ersterwähnten Stelle, die mit der Frage beginnt, valeantque aliquid verba et incantamenta carminum und nach Mittheilungen aus der Geschichte des Sacralrechts als Beleg die zwei Stellen aus den XII Tafeln anführt: qui fruges excantassit et alibi qui malum carmen incantassit.

Nach diesem kurzen Ueberblick über die Anfänge der Zauberei in Rom kehren wir zu dem Citat Ciceros aus den XII Tafeln zurück, der occentavisset mit den Worten erläutert sive carmen condidisset quod infamiam faceret flagitiumque alteri, und versuchen nunmehr das vorgelegte Material für deren Auslegung zu verwerthen. Erinnern wir uns, wie hierbei zwischen der Bedeutung, die Cicero selbst jener Paraphrase beilegte und deren ursprünglichem Sinne unterschieden wurde, so wird es keinem Bedenken unterliegen, dass in dem letzteren die Beziehung des carmen quod infamiam faceret auf Zauberlieder eine natürliche und verständliche ist. Wer zu einer so schweren Waffe gegen Andere griff, musste einen Grund hiefür zu haben wenigstens glauben können. Wo dieser Grund angegeben wird, da leuchtet, wie in den angegebenen Verwünschungen wegen Diebstahls und der der Akte, der infamirende Character der Exceration ohne Weiteres ein. Wir dürfen annehmen, dass solche Angaben der Verwünschungsursache gerade in älterer Zeit die Regel waren: sie sollten die angerufenen Götter von

[1]) Tacitus ab excessu d. Aug. 2, 69; vgl. Dio Cass. 57, 18.
[2]) Plin. 28, 2, 18.
[3]) Plin. 18, 6, 41.

der Berechtigung der Verfluchung überzeugen und sie dadurch dem Willen des Fluchenden günstiger stimmen, während nach dem Eindringen orientalischer Superstitionsformen die Wirkung der Formel immer mehr in den mit ihr verbundenen Gebräuchen gesehen wurde[1]). Aber auch wo ein Grund nicht angegeben wurde, musste sich das Publikum sagen, dass der Verfluchte sich irgend etwas und zwar etwas Gravirendes gegen den Verwünschenden habe zu Schulden kommen lassen, und gerade die Ungewissheit darüber konnte den abenteuerlichsten Gerüchten den Weg ebnen. Zum allermindesten war der Verfluchte ins Gerede gekommen[2]). Ja, der blosse Gedanke, dass Jemand dem Zorn der Unterirdischen empfohlen war, musste in einer Zeit, die es mit solchen Dingen ernst nahm und an sie glaubte, den davon Betroffenen in einer ihn infamirenden Weise belastet erscheinen lassen, wie man bei uns sagt: „Von Gott gezeichnet.“

Es giebt aber daneben noch eine zweite und vielleicht prägnantere Erklärung für die Ciceronische Paraphrase, die hiernach im doppelten Sinne verstanden werden kann. Wenn auch in den Zauberformeln dem Verwünschten in der Regel Tod oder körperliche Krankheit angewünscht wird, so ist diese Regel doch nicht ausnahmslos. Das Schwinden des Gedächtnisses wird in einer bereits mitgetheilten Inschrift erwähnt, wie es auch Curio veneficiis et cautionibus Titiniae in dem Prozess der letzteren widerfuhr[3]). Die Verwirrung der Sinne durch Gift und Zauber will schon Amphitruo bei Plautus[4]) rächen:

ulciscor hodie Thessalum veneficum
qui pervorse perturbavit familiae mentem meae.

Juvenal spricht von den magici cantus und Thessala philtra[5]),

quibus valeat mentem vexare mariti
et solea pulsare natis; quod desipis inde est,

[1]) Der Papyrus Anastasy giebt ein förmliches Recept zur Anfertigung und Anwendung von Verfluchungsformeln.

[2]) Dabei ist zu beachten, dass die Umschreibung Ciceros nicht aus dem Geiste der XII Tafeln, die den Beleidigungsbegriff überhaupt nicht kennen, sondern aus dem seiner eigenen Zeit geschrieben und gedacht ist.

[3]) Cic. Brut. 60.

[4]) Plautus Amphitruo 4, 3, 9 = 1043 f.

[5]) Juvenal 6, 610 ff.

inde animi caligo et magna oblivio rerum,
quas modo gessisti.

Auf eine solche Verzauberung führt er an derselben Stelle den Wahnsinn des Cäsar Gaius zurück:

tamen hoc tolerabile si non
et furere incipias, ut avunculus ille Neronis,
cui totam tremuli frontem Cäsonia pulli
infudit: quae non faciet, quod principis uxor?
ardebant cuncta et fracta compage ruebant
non aliter quam si fecisset Juno maritum
insanum.

und die gleiche Vermuthung spricht Dio Cass bezüglich des Wahnsinns Caracallas aus[1]). Wenn Jemand nun durch Zauberei in einen Zustand versetzt wird, in dem er Dinge verübt, die ihn der allgemeinen Verachtung überliefern[2]), so kann von einer derartig wirkenden Formel wohl gesagt werden: infamiam facit flagitiumque alteri. Ganz besonders gilt dies vom Liebeszauber, der den ehelichen Frieden zu stören und regelmässig ein illegales Band zu knüpfen bestimmt ist:

coniugis ut magicis sanos avertere sacris
experiar sensus; nihil hic nisi carmina desunt[3]).

Nach alledem betrachte ich Ciceros carmina quae infamiam faciunt flagitiumque alteri in ihrer ursprünglichen Bedeutung als Zauberformeln[4]), die über Andere Schimpf und Schande heraufführen.

---

[1]) Dio 77, 15.

[2]) Analog Sophocles' Aias, nur dass hier keine irdische Verzauberung, sondern eine spontane Einwirkung der Göttin vorliegt.

[3]) Vergil Eclog. 8, 66 f.

[4]) Ueber Carmen als Formel jetzt Norden Antike Kunstprosa I S. 160 ff. Danach dürfte auch das „XII ut carmen necessarium“ Ciceros (de leg. 2. 23, 59) schwerlich mit Schoell, Prol. S. 4 auf eine poetische Paraphrase der XII Tafeln zu beziehen sein, zumal die uns erhaltenen relativ ursprünglichen Fragmente wie I, 1 und I, 2 vielfach rhythmische Gliederung aufweisen, — so wenig wie die lex horrendi carminis bei Livius aus einer poetischen Ueberlieferung stammt. Ein gewisses Mass rhythmischer Gliederung ist gerade bei der ältesten Prosa die Regel, wie überhaupt in der litterarischen Entwicklung die Poesie bekanntlich der Prosa vorangeht. Damit stimmt insbesondere auch die zweite Anspielung auf unsere Stelle bei Cicero (Disp. Tusc. 4, 2) überein. C. will Spuren von Pythagoreischem Einfluss auf die älteste

Dann würde das Plinianische Citat si malum carmen incantassit sich auf dieselbe Gesetzesstelle beziehen und anzunehmen sein, dass das Wort occentare in einzelnen Commentaren mit malum carmen incantare, in anderen mit carmen condere, quod infamiam faceret flagitiumque alteri umschrieben war [1]).

Mit dieser Auffassung stimmt es denn auch überein, dass wir von dieser Bestimmung über Occentatio in der gesammten Ueberlieferung und gerade auch in solchen Fällen von Schmähgedichten keinen Gebrauch gemacht sehen, die zu ihrer Anwendung wie geschaffen waren.

Cn. Naevius hatte Metellus und vielleicht auch andere Römische Grosse durch Spottverse herausgefordert. Erhalten ist die Invective:

Fato Metelli Romae fiunt consules,

worauf diese geantwortet haben sollen:

Dabunt malum Metelli Naevio poetae [2]).

Ueber die Verwirklichung dieser Drohung berichtet Gellius, Naevius habe zwei Stücke im Gefängniss geschrieben, cum ob assiduam maledicentiam et probra in principes civitatis de Graecorum poetarum more dicta in vincula Romae a triumviris coniectus esset unde post a tribunis plebis exemtus est, cum in his quos supra dixi fabulis delicta sua et petulantias dictorum, quibus multos ante laeserat, diluisset [3]). Hier ist von einem

---

Römische Cultur nachweisen und bemerkt in diesem Zusammenhange: nam cum carminibus soliti illi esse dicantur et praecepta quaedam occultius tradere et mentes suas a cogitationum intentione cantu fidibusque ad tranquillitatem traducere, gravissimus auctor in Originibus dicit Cato, morem apud maiores hunc epularum fuisse ut deinceps qui accubarent canerent ad tibiam clarorum virorum laudes atque virtutes . . . . . quamquam id quidem XII tabulae declarant, condi iam tum solitum esse carmen, quod ne liceret fieri ad alterius iniuriam lege sanxerunt. Beachtenswerth ist, dass an beiden Stellen die Verbindung carmen condere gebraucht ist. Das Verbum hat in der älteren Latinität, wo es wie hier übertragen gebraucht wird, eine sacralliturgische Färbung und wird in dieser Zeit nicht leicht für die blosse „Abfassung" einer Urkunde gebraucht. Es hat ein constitutives Element in sich.

[1]) Zur Quellenkritik Schoell, Proleg. S. 11. — Nach dem im Text Bemerkten ist es ausgeschlossen, dass die Citate bei Plinius und Cicero aus derselben Quelle stammen.

[2]) Asconius zu Cic. in Verrem I, 10.

[3]) Gellius N. A. 3, 3, 15.

Criminalverfahren wegen Occentatio offensichtlich nicht die Rede: nicht einmal die magistratische Coercition liegt vor, die sich staats- und strafrechtlich rechtfertigen liesse, soweit Naevius Angriffe gegen jene principes civitatis während ihrer Amtsdauer gerichtet und das Delikt damit zum Staatsverbrechen geworden wäre [1]). Die Triumviren haben keine selbstständige Coercitionsgewalt, die von ihnen verfügte Verhaftung geschieht regelmässig zum Zweck der Sistirung behufs Einleitung des criminellen Verfahrens oder aus ordnungspolizeilichen Gründen [2]). In wie weit diese Befugniss den Bericht bei Gellius juristisch deckt, mag hier dahingestellt bleiben [3]). Zu einer Anwendung der XII Tafeln ist es ersichtlich hier so wenig gekommen wie in den beiden

[1]) Dies nimmt West im Journal of philology 8 S. 15 ff. an.

[2]) Mommsen, Staatsrecht 2 S. 594.

[3]) Die ganze Erzählung erweckt mancherlei Bedenken. Die Versöhnung mit den Metellern würde jedenfalls nicht lange vorgehalten haben, da nach Hieronymus zu Eusebius II Olymp. 144, 3 N. im Jahre 201 in Utica starb. pulsus Roma factione nobilium et praecipue Metelli. Darin läge nichts Undenkbares. Schwieriger wird es bereits, sich mit der Thatsache abzufinden, dass Cicero von jener Anecdote, die ersichtlich auf Beleidigung durch Bühnenstücke abzielt, überhaupt nichts gewusst hat. Wenn er Scipio in de republica (Augustin de civitate Dei 2, 9 = de rep. 4, 11) sagen lässt: Periclen violari versibus et eos agi in scaena non plus decuit quam si Plautus noster voluisset aut Naevius Publio et Cneo Scipioni aut Caecilius Marco Catoni maledicere, so konnte er Naevius nicht gut als Muster litterarischer Bühnendiscretion anführen, wenn dieser zwar nicht die Scipionen, aber andere Aristocraten auf die Bühne gebracht hätte. Hienach dürfte wie der Metellervers, von dem dies Schanz Röm. Litteraturgeschichte I [2] S. 39 f. zutreffend annimmt, so auch der Angriff auf Scipio, wenn die Deutung auf ihn bei Gellius 7, 8, 5 richtig ist, einer Satura angehört haben. Die Revocation im Gefängniss, die lebhaft an Stesichorus' Palinodie erinnert, hat Leo (Plautinische Forschungen S. 67) beanstandet. Man wird indessen genötigt sein, die Erzählung bei Gellius, die einen durchaus einheitlichen Character trägt, im Ganzen entweder anzunehmen oder abzulehnen. Das letztere ginge nur an, wenn man vermuthen könnte, dass sie aus den Dichterfragmenten selbst, den Metellerversen und insbesondere aus Plautus Miles 211 f., herausgedeutet wäre, dessen ganz allgemeine Wendung sich weder auf Naevius noch auf eine Einkerkerung zu beziehen braucht. Dann würde die oben erwähnte Erzählung des Eusebius abgesehen von der Todesnachricht als Dittographie von derjenigen bei Gellius anzusehen sein. Wusste man oder nahm man nach den erhaltenen Versen an, dass Metellus gerechtfertigte Drohungen gegen Naevius ausgestossen, so konnte als deren Erfüllung, falls man Ge-

vom Auctor ad Herennium mitgetheilten Fällen, wo Caelius als Richter wegen Beleidigung des Lucilius auf der Bühne freisprach, Mucius als Richter in einem analogen Falle wegen gleicher Beleidigung des Accius verurtheilte. Die Erwähnung des Einzelrichters zeigt, dass es sich hier um einen Civilprozess, der Plural iniuriarum, dass es sich um einen solchen auf Grund des prätorischen Edicts handelt. Dass aber zu jener Zeit die Bestimmungen über Occentatio noch in Kraft standen, ist zweifellos und ihre Nichtanwendung auf die erwähnten Fälle wohl nur daraus zu erklären, dass sie nicht darauf passten.

Bei alledem hat unbestreitbar Cicero selbst die Occentatio als Schmählied aufgefasst, und noch deutlicher tritt dies bei Festus und den Commentatoren zu Persius und Horaz hervor.

Die hier für die wahre Bedeutung der Occentatio versuchte Beweisführung würde lückenhaft bleiben, wenn es nicht auch gelänge, die Zeit und die näheren Umstände der Umdeutung wenigstens annähernd zu bestimmen. Da diese jedoch mit der Sullanischen Gesetzgebung zusammenhängt, so lässt sie sich übersichtlich erst bei Gelegenheit der letzteren zur Darstellung bringen.

§ 3.

Die Abzweigung der Aquilischen Iniuria.

Das System der festen Taxen, auf dem die Iniurienordnung der XII Tafeln beruht, erwies sich auf die Dauer als unzulänglich, und es lag in der Natur der Sache, dass diese Unzulänglichkeit zuerst und am schärfsten bei der Sach- bezw. Vermögensbeschädigung hervortreten musste. Wenn die Knochenverletzung bei einem Sklaven in jedem Falle mit 150 Ass geahndet wurde, so konnte diese Festsetzung je nach dem Werth des Sklaven ebenso zu hoch wie zu niedrig sein. Dazu kam, dass der Werth des Geldes allmählich und schon in relativ alter Zeit gesunken war: dies zeigen schlagend die Kämpfe um die Censuszahlen und die Reformen des jüngeren Claudius.

So kam man zu einer auf das Prinzip des Werthersatzes

naues darüber nicht wusste, von den Einen Einkerkerung, von den Andern Verbannung angenommen sein.

begründeten Reform der Vermögensbeschädigung und damit gleichzeitig zur Unterscheidung der poenalen von den reipersecutorischen Functionen der Injurienklage[1]).

Die lex Aquilia[2]) behandelt im ersten Capitel den Thatbestand si quis servum servamve alienum alienamve quadrupedemve pecudem iniuria occiderit, im dritten ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria. Das zweite Capitel giebt eine Klage gegen den adstipulator, qui pecuniam in fraudem creditoris acceptam fecerit[3]).

Wie die XII Tafeln sich zur Tödtung von Sklaven und Vieh gestellt haben, lässt sich, wie oben dargelegt[4]), nicht mit Sicherheit ausmachen: wurde sie damals criminell geahndet, so wird anzunehmen sein, dass durch oder im Anschluss an die Aquilischen Normen hier der civilrechtliche Schutz an die Stelle des strafrechtlichen getreten ist, während es dahingestellt bleiben

---

[1]) Ueber die Frage, ob vor der lex Aquilia noch besondere Gesetze über Sachbeschädigung ergangen sind, spricht sich Ulpian in L. 1 D ad leg. Aqu. 9, 2 nur sehr unbestimmt aus: lex Aquilia omnibus legibus quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit sive duodecim tabularum sive alia quae fuit. Dass die Aufhebung durch eine clausula derogatoria geschah, hat Pernice erwiesen (Sachbesch. S. 21): es folgt aus dem Reflexiapronomen (ante se). Ulpian schöpft seine Nachricht also aus den Sanctionen der lex Aquilia selbst. Erwägt man aber, wie wortreich weil vorsichtig solche Sanctionen auch schon in älterer Zeit abgefasst werden, z. B. bei der lex Bantina, so wird man aus der Sanctionsformel s i v e alia quae fuit schwerlich entnehmen dürfen, dass nun in Wirklichkeit ausser den XII Tafeln alia quae lex fuit, in der sich Bestimmungen de damno iniuria fanden. Die Möglichkeit an sich ist natürlich nicht ausgeschlossen. Der Wortlaut Ulpians aber spricht, soweit ich sehen kann, eher dagegen. Wenn Aquilius ein Spezialgesetz über irgend ein damnum iniuria vorgelegen hätte, so würde er es in den Sanctionen wohl erwähnt haben: wenn er sich mit der allgemeinen Cautel begnügte und diese conditionell und im Singular fasste (statt aliae quae fuerunt), so zeigt dies, dass ihn nicht etwa ein Bedürfniss nach Kürze bestimmt hat, eine etwaige grössere Zahl solcher Gesetze mit der Generalclausel en bloc abzuthun. In keinem Falle aber brauchte es mehr als e i n Gesetz gewesen zu sein: durch dieses und die lex XII tabularum würde der Plural bei Ulpian (omnibus legibus) immer gedeckt sein.

[2]) Pernice a. a. O. Mommsen S. 825 ff. Vgl. auch Karlowa, R. R. 2 S. 793 ff. Ueber die Zeitbestimmung Pernice a. a. O. S. 3 ff.

[3]) Darüber Pernice a. a. O. S. 22 ff. Mommsen S. 837.

[4]) S. 10.

, ob aus dem usserit des dritten Capitels dasselbe für die Brandbeschädigung von Getreide gefolgert werden darf[1]). Jedenfalls folgt dieses dritte Capitel mit den Ausdrücken fregerit ruperit in beabsichtigter Anlehnung dem Wortlaut des bisherigen Iniurienrechts: es soll der Schade vergolten werden, der dadurch entsteht, dass man einem Anderen durch urere frangere rumpere eine Iniuria zufügt, während, soweit es sich um Genugthuung handelte, das bisherige Recht in Kraft blieb[2]).

Dass ein „Schade" nur bei der Sachbeschädigung und nicht bei der Körperverletzung angenommen wurde, war in der Anschauung jener Zeit begründet. Wenn später die Körperverletzung des Freien, also gerade die älteste Iniuria, auch als Vermögensbeschädigung dem extensiv entwickelten Aquilischen Recht unterstellt wurde[3]), so lag diese Auffassung der älteren Zeit fern. Dem Römer jener Epoche würde die Taxirung des ökonomischen Schadens einer Körperverletzung unverständlich erschienen sein, während andrerseits der Wortlaut des Gesetzes ein Eigenthumsverhältniss an den Gegenständen der Beschädigung voraussetzte. Erst in sehr viel späterer Zeit wurden freie Arbeiter und zuletzt Proletarier Factoren, mit denen die Gesetzgebung wie Auslegung zu rechnen hatten: die körperliche Kraft wurde ein geldwerthes Object und der Umfang der Aquilischen Iniuria dem der reinen genähert.

So ergab sich für die ältere Zeit aus der Trennung des Schadensersatzes von der Genugthuung fast wie von selbst die begriffliche Scheidung der mittelbaren Delikte gegen die Person von den unmittelbaren, d. h. für jene Zeit der Sachbeschädigung von der Körperverletzung und damit die Möglichkeit zur selbstständigen und verfeinerten Ausgestaltung des Persönlichkeitsdelikts.

Dieses Resultat wurde durch eine weitere Konsequenz begünstigt, die sich gleichfalls aus der geschilderten Trennung

---

[1]) Darüber, dass die Iniuria der XII Tafeln wie die ursprüngliche der lex Aquilia sich nur auf Mobilien bezog, Karlowa, R. R. S. 795. Mommsen S. 827.

[2]) Mommsen S. 527, 784 ff., 825 ff.

[3]) L. 13 pr. L. 7 § 4 D ad leg. Aqu. 9, 2. L. 1 § 5. L. 7 D de his qui effud. 9, 3. Pernice S. 241 (erste Auflage).

ergab, durch die Durchführung der Unterscheidung zwischen dem nur vorsätzlich und dem auch fahrlässig begehbaren Delikt.

Ueber die Behandlung der Fahrlässigkeit in den XII Tafeln[1]) bietet die Ueberlieferung folgendes Material:

Der Brandstifter igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit; si vero casu id est negligentia aut noxiam sarcire iubetur aut si minus idoneus sit, levius castigatur[2]).

Bezüglich der Tödtung:

Iacere telum voluntatis est, ferire quam nolueris fortunae. ex quo aries subicitur ille in vestris actionibus, si telum manu fugit magis quam iecit[3]), wie Cicero an einer andern Stelle[4]) mit imprudens erläutert und als fortuna dem consilium gegenüberstellt.

Bezüglich der Körperverletzung:

Quis vi membrum, inquit, alteri imprudens ruperit? quid enim imprudentia factum est, retaliari per imprudentium debet. Ictus quippe fortuitus et consultus non cadunt sub eiusdem talionis similitudinem. XII viri . . . neque eius, qui membrum alteri rupisset et pacisei tamen de talione redimenda nollet, tantam esse habendam rationem arbitrati sunt ut an prudens imprudensve rupisset spectandum putarent[5]).

Unjuristischer als es hier mit den Worten telum manu fugit magis quam iecit bei der Tödtung geschehen ist, konnte der Ausschluss der Vorsätzlichkeit nicht wohl zum Ausdruck gebracht werden: die vom Gesetzgeber gewählten Worte zeigen den kindlich-naiven Standpunkt einer primitiven Auffassung, die bei dem sinnlich-concreten des thatsächlichen Vorganges stehen bleibt ohne die Fähigkeit zur begrifflichen Abstraction

---

[1]) Mommsen S. 88 f. Pernice (erste Aufl.) S. 238 ff.

[2]) L. 9 D de inc. 47, 9 Gaius libro IV ad leg. XII tab. Vgl. Mommsen S. 837 Anm. 1.

[3]) Cicero Top. 17, 64; de orat. 3, 158.

[4]) Cicero pro Tullio 21, 51, cf. Schoell 8, 24. Das Mordgesetz Numas giebt Festus S. 221 M. mit den Worten wieder: si qui hominem liberum doli sciens morti duit etc., den Gegensatz Servius zu Vergil Ecl. 4. 43: si quis imprudens etc.

[5]) Gellius 20, 1, 16 und 34.

vorzudringen. Dabei bleibt es nach der Auffassung der römischen Juristen mindestens dunkel, ob die fahrlässige Tödtung in jenem Wortlaut einbegriffen sein sollte. Auch Ciceros Ausdruck: quis est cui magis ignosci conveniat, quam si quis quem imprudens occiderit? nemo opinor, haec enim est tacita lex humanitatis, ut ab homine consilii non fortunae poena repetatur: tamen huiusce rei veniam maiores non dederunt[1]) lässt sich mit der Annahme vereinigen, dass nach seiner im römischen Alterthum weit verbreiteten rechtsphilosophischen Ueberzeugung die Bestrafung im Gegensatz zum Ersatz nur bei dem vorsätzlichen Vergehen gerechtfertigt erschien: fortuna im Gegensatz zum consilium liegt auch bei Fahrlässigkeit vor, da der Erfolg — und auf ihn wird in jener Zeit die Beurtheilung abgestellt — auch vom fahrlässigen Thäter nicht vorausgesehen ist. Dass hier in der That fahrlässige und zufällige Begehung, wenn auch ohne klare Erkenntniss ihres Unterschiedes, zusammengefasst sind, zeigt der Gegensatz zu dem Mordgesetze Numas, das ersichtlich nur die vorsätzliche Tödtung betrifft. Die fahrlässige Tödtung muss demnach — wenn wir nicht eine schwerwiegende Lücke in dem Rechte jener Zeit annehmen wollen — die Rechtsfolge des Widderopfers nach sich gezogen haben, und die zufällige Tödtung davon auszuschliessen liegt kein erkennbarer Grund vor: wäre die Fahrlässigkeit schon damals ein klar erkannter Begriff gewesen, so wäre die noch bei Cicero schwankende Ausdrucksweise unerklärlich und es würde sich schon in alter Zeit mit der Sache auch das sie bezeichnende Wort eingestellt haben.

Dieselben Ausdrücke imprudens und fortuitus, die Cicero zur Bezeichnung der nicht vorsätzlichen Tödtung anwendet, finden wir denn auch in dem von Gellius mitgetheilten Gespräch zur Bezeichnung der vorsätzlichen Körperverletzung und ihres Gegentheils verwerthet. Danach kann die Einbeziehung der culposen Verübung unter den Thatbestand der ältesten Iniuria nicht wohl einem Zweifel unterliegen und dass die rein zufällige Begehung davon ausgeschlossen war, lässt sich nach dem Gesagten ebenfalls nicht annehmen.

---

[1]) Cic. pro Tullio 21. 51.

Auch Gaius' Bericht über die Brandstiftung, dessen Beziehung auf die XII Tafeln unbedenklich erscheint, führt zu der gleichen Auffassung. Gaius bezeichnet den Ausschluss des Vorsatzes mit casu id est negligentia. Diese Paraphrase könnte an und für sich zu der Annahme führen, dass der Schadensersatz nur für den Fall der culposen Brandstiftung in den XII Tafeln festgesetzt war. Dass das Wort casus die culpa einschliesst, ist zweifellos; dass es im gegebenen Fall auch zu ihrer ausschliesslichen Bezeichnung im Gegensatz zum reinen Zufall verwendet wurde, könnte aus dieser Stelle gefolgert werden, obwohl ein weiterer Quellenbeweis dafür, soweit ich sehen kann, nicht zu erbringen ist. Allein das dann sich ergebende Resultat, dass die XII Tafeln in diesem einen Falle mit bewusster Schärfe Fahrlässigkeit und reinen Zufall geschieden haben, erscheint unannehmbar angesichts der Thatsache, dass diese Unterscheidung in allen anderen Fällen, in denen sie wenigstens mit demselben Rechte zu erwarten wäre, vermisst wird. Prüft man die Stelle nun im Ganzen

> qui . . . . combusserit, vinctus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit; si vero casu [id est negligentia aut] noxiam sarcire iubetur [ant si minus idoneus sit levius castigatur],

so erhellt ohne Weiteres, dass hier wesentliche Veränderungen an dem Recht der XII Tafeln vorgenommen sind[2]): der Zusatz über die levis castigatio des minus idoneus gehört dem Kaiserrecht an. Damit ergeben sich zwei Möglichkeiten: entweder haben die Compilatoren den Text interpolirt oder es hat Gaius selbst die Abweichungen des späteren Rechts in die Darstellung hineingezogen. Ich halte das erstere für wahrscheinlicher; allein auch wenn man den Wortlaut als echt ansieht, so könnte es nicht weiter befremden, dass die an die XII Tafeln anknüpfende Interpretation gerade in diesem Falle den Begriff casus oder was sonst zu seiner Bezeichnung an analogen Ausdrücken in den XII Tafeln gestanden haben mag, mit negligentia nicht sowohl umschrieb als beschränkte. Denn wenn sonst das

[1]) Mommsen S. 837.
[2]) Pernice S. 242 f. (erste Auflage).

römische Recht das Prinzip der Culpahaftung grundsätzlich mit noch grösserer Schärfe als das heutige festhielt und darauf die Lehre vom Schadensersatz begründete, so haben wir bei der Brandbeschädigung, falls der blosse Ausschluss des Vorsatzes für das noxiam sarcire genügte, einen Fall der Causalhaftung, wenigstens vom Standpunkt des entwickelten Rechts. Im Sinne der XII Tafeln wird die bewusste Statuirung dieses Grundsatzes keinesfalls anzunehmen sein: man unterschied zwischen Fahrlässigkeit und Zufall überhaupt nicht mit voller Klarheit und begnügte sich damit, die Ersatzpflicht vorzuschreiben, wenn „der Thäter handelt, ohne zu wissen und vorauszusehen, was er anrichten werde, ohne das dabei gefragt wird, ob hierin eine Fahrlässigkeit liege oder nicht[1].“ Eine derartige Bestimmung aber musste vom Standpunkt des späteren Rechts als Statuirung der Causalhaftung und deshalb als prinzipwidrig erscheinen, und so beschränkte die Interpretation die Ersatzpflicht auf den Fall der fahrlässigen Brandbeschädigung.

Danach ergiebt sich für das ältere Recht als Resultat:

Die fahrlässige und zufällige Tödtung wird criminell nicht bestraft, sacralrechtlich mit der Hingabe eines Widders gesühnt.

Die fahrlässige und zufällige Körperverletzung wird der civilrechtlichen Iniurienklage unterworfen.

Die fahrlässige und zufällige Brandbeschädigung ist criminell straflos, verpflichtet aber civilrechtlich zum Schadensersatz.

Dass der letztere bei der Tödtung entfiel, beruhte einerseits darauf, dass das Leben nicht als geldwerthes Vermögensobject angesehen werden konnte, andererseits auf prozessualen Schwierigkeiten, die sich aus der Beschränkung der Iniurienklage auf den Verletzten und dessen Gewaltherrn ergaben. Dasselbe Moment wird auch den auffälligeren Gegensatz zwischen der Behandlung der nichtvorsätzlichen Tödtung und Körperverletzung herbeigeführt haben. Strafrechtlich hatte man nur die Wahl zwischen der Mordstrafe und der Straflosigkeit und gelangte, weil die erstere zu schwer war, zu der letzteren. Civilrechtlich war die naheliegende Subsumtion unter den Iniurienbegriff aus materiellen und prozessualen Gründen nicht angängig.

[1]) Pernice S. 242.

Dies ungefähr war die Sachlage, in die das Aquilische Gesetz eingriff.

Erinnern wir uns, wie dieses den Ersatz des Vermögensschadens von der Genugthuung abtrennte. Der erstere wurde bei der Körperverletzung nicht als vorliegend angesehen, sondern lediglich bei der Sachbeschädigung berücksichtigt, während umgekehrt bei dieser ein Bedürfniss nach Genugthuung regelmässig nicht empfunden wurde.

Aber auch nicht bei jeder Körperverletzung konnte der Anspruch auf Genugthuung von der Rechts- und Sittenanschauung jener Zeit als berechtigt anerkannt werden. Wenn die fahrlässige Tödtung Jahrhunderte lang ohne Rechtsfolge blieb, ohne dass das Bedürfniss nach einer Aenderung der Gesetzgebung hervortrat, so musste nach der altrömischen Auffassung auch bei der fahrlässigen blossen Körperverletzung der Anspruch auf Genugthuung jedenfalls als unberechtigt erscheinen. So gelangte die Interpretation zu dem folgenschweren Resultat, die Iniuria der XII Tafeln auf das vorsätzliche Delikt zu beschränken. Damit war die Möglichkeit zur verfeinerten Ausgestaltung dieses Rechtsbegriffs und so die Grundlage für eine Entwicklung gegeben, die zu den bedeutsamsten des gesammten Römischen Rechts gehört: die Basis des reinen Iniurienrechts war geschaffen.

Der Anspruch auf Schadensersatz wurde nach Aquilischem Recht naturgemäss auch bei nicht vorsätzlicher Schädigung zugelassen. Auch hier führte die Vervollkommnung der Rechtstechnik wie die Verfeinerung des sittlichen Gefühls zu einer Umgestaltung der Vertretungspflicht, die weit über den Bestand des römischen Reichs hinaus zur Grundlage des Schadensersatzrechts geworden ist und die erst in dem letzten Menschenalter unter dem Einfluss der durch die Technik veränderten wirthschaftlichen Verhältnisse bis zu einem gewissen Grade ins Schwanken gerathen ist. In welchem Zeitraume man allmählich dahin gelangte, den Schadensanspruch auf die fahrlässige Beschädigung zu beschränken und diese somit von der zufälligen begrifflich streng abzugrenzen, lässt sich des Genaueren nicht mehr feststellen. Immerhin hat schon Mucius die Definition aufgestellt: culpam esse, quod cum a diligente provideri poterit non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum

periculum evitari non possit[1]), und die Ausgestaltung des Culpabegriffs musste durch das Aquilische wie durch das Contractsrecht gleichmässig gefördert werden. Die Aquilische Culpa hat die Schalen zwar gesprengt, von denen sie ursprünglich umschlossen war, die Anfänge ihrer Entwicklung aber bis zu deren Abschlusse nie verläugnet: noch die klassischen Juristen haben mit den Problemen der Kausalhaftung gerungen und uns damit eine Erbschaft hinterlassen, deren völlige Bewältigung auch uns Modernen noch nicht geglückt ist.

§ 4.

Das praetorische Edikt.[2])

Es war in dem vorigen Abschnitt auszuführen versucht worden, wie durch das Aquilische Gesetz der Ersatz der Sachbeschädigung von der Iniuria abgelöst und letztere auf die Genugthuung wegen des vorsätzlich verübten Delikts beschränkt wurde. Aber dieselben Gründe, welche die älteste Iniurienklage zur Erfüllung des damals in ihr noch enthaltenen reipersekutorischen Zwecks untauglich machten, führten dahin, sie auch betreffs ihrer Funktion als Genugthuungsklage umzugestalten[3]). Das System der festen Taxen war nicht geeignet, der Mannigfaltigkeit der Angriffe gerecht zu werden, die bei äusserlich gleichem Thatbestand von ganz verschiedener Bedeutung sein mochten. Ob der Iniuriant seinerseits vom Gegner gereizt war oder nicht, ob er im Affekt oder mit Ueberlegung gehandelt, ob er einen Hochgestellten oder einen Mann aus dem Volke verletzt — alle diese und viele andere Unterschiede konnten bei dem System der XII Tafeln nicht berücksichtigt werden. So gelangte man zumal nach dem Vorgange der lex Aquilia zur ästimatorischen Iniurienklage des praetorischen

---

[1]) Bei Paulus in L. 31 D. ad leg. Aqnil. 9, 2. Die Durchführung im Strafrecht ist später und nicht mit gleicher Sicherheit erfolgt.

[2]) Grundlegend Pernice S. 23 ff.

[3]) Dies handgreiflich zn veranschaulichen ist das Ziel der anscheinend zn diesem Zweck erfundenen Anecdote, „deren Wahrheit ernstlich bezweifelt wird" (Leonhard, Institutionen S. 451 Anm. 5) des L. Veratius bei Gellius 20, 1.

Edikts, die auf quantum aequum bonum videbitur abgestellt, mit ihrer allen Lebensverhältnissen sich anschmiegenden Elasticität dem Bedürfniss vieler Jahrhunderte genügte. Das praetorische Iniurienedikt zerfiel bei seiner endgültigen Redaktion — abgesehn von den Edikten über Iniuriirung von Sklaven, von Gewaltunterworfenen und dem über die Noxalklage — in das Generaledikt und 3 Spezialedikte über convicium, adtemptata pudicitia und infamatio. Dass diese gleichzeitig vom Praetor aufgestellt wurden, ist nicht wahrscheinlich: die praetorische Iniurienklage ist schwerlich mit einem Male wie Minerva aus dem Haupte ihres Schöpfers entsprungen. Erwägt man nun, dass die Formel des Generaledikts auf si dolo malo Ni Ni Ao Ao pugno mala percussa est abgestellt war und das auch die zugehörigen Commentare mit Vorliebe Beispiele von Körperverletzung behandeln, so ergiebt sich, was auch sonst anzunehmen am nächsten liegen würde, dass der Praetor zuerst das Generaledikt aufstellte, dessen Umfang mit der bisherigen Iniuria sich deckte: die einzige Neuerung war zunächst die Aufgabe des Systems der festen Taxen wie bei der Aquilia. Die Fortbildung des Iniurienrechts geschah dann eine Zeit lang, gleichfalls wie bei der Sachbeschädigung, durch extensive Interpretation des Generaledikts: hatte diese zur Aufstellung fester und begrenzter Deliktskategorien geführt, so erkannte der Praetor diese Neubildungen dadurch an, dass er eigene Spezialedikte für sie aufstellte, die die Funktion des Generaledikts entlasteten [1]). Diese Entlastung erfolgte nicht bloss durch das praetorische Recht: auch die spätere Gesetzgebung hat Bestandtheile des ursprünglichen Iniurienrechts von diesem losgelöst und selbständig ausgestaltet,

[1]) So erklärt Labeo das Infamationsedikt für überflüssig, weil die darunter fallenden Thatbestände schon in dem Generaledikt enthalten seien (L. 15 § 26 h.t.). — Es spielte sich hier also derselbe Vorgang ab, dessen Wiederholnng in der Gegenwart Gierke (Deutsches Privatrecht S. 704 f.) mit den Worten schildert: „Jedesfalls erschöpfen die in feste, gesetzliche Form gegossenen Persönlichkeitsrechte nicht den an sich hiefür geeigneten Stoff. Vielmehr lassen sie empfindliche Lücken. Zur Ausfüllung solcher Lücken muss da, wo das Rechtsbewusstsein der Gegenwart dies heischt, auf das allgemeine Recht der Persönlichkeit zurückgegriffen werden, bis aus ihm ein neues, besonderes Recht herausgeholt ist".

insbesondere hat diejenige de vi die spätere generelle Ueberleitung der Iniuria in das Criminalrecht vorbereitet.

Diese Entwicklung ist nunmehr, soweit sie das Civilrecht betrifft, in ihren wesentlichsten Momenten zu verfolgen.

Das erste Spezialedikt nach Julians Reihenfolge, die man wohl als die ursprüngliche ansehen darf, war das über convicium, und es ist schwerlich Zufall, dass wir hier wie bei dem zweiten Edikt die Versuche der Juristen, den Thatbestand aus dem der Körperverletzung abzuleiten, noch verfolgen können. Die älteste systematische oder sich dafür ausgebende Eintheilung der Iniurien finden wir bei dem Auctor ad Herennium, der als Musterbeispiel einer Definition, quae rei alicuius proprias amplectitur potestates breviter et absolute, folgende Begriffsbestimmung giebt: iniuriae sunt, quae aut pulsatione corpus aut convicio aures aut aliqua turpitudine vitam cuiuspiam violant[1]), wobei der Schluss offensichtlich auf die Infamatio und allenfalls noch auf die Adsectatio hinweist. Eine analoge nicht sowohl Auffassung als Herleitung klingt noch bei Paulus durch: iniuria aut in corpore dum caedimur vel in auribus dum convicium patimur vel cum dignitas laeditur, ut cum matronae vel praetextato comites abducuntur[2]). Man stellte also in der naiv-sinnlichen Concretisirung, die wir oben bei dem manu fugit magis quam iecit kennen gelernt haben, die Ohren als äussere Träger der Gehörseindrücke dem übrigen Körper entgegen und fasste die Belästigung durch Geschrei als Belästigung der Ohren, d. h. als deren Iniuriirung auf. Im Hintergrunde dieser nichts weniger als geschickten Formulirung steckt aber doch ein tieferer und wie ich glaube nicht ganz verwerflicher Inhalt: es ist der Gedanke, dass zum vollen Schutz der körperlichen Integrität auch der Schutz der seelischen Integrität und zunächst der Schutz der Sinne, wie Gehör, Geruch, Geschmack gehört. An dieses letztere Moment hat die weitere Ausbildung des Iniurienrechts offenbar zunächst angeknüpft. Wohl Niemand wird bezweifeln, dass es im Sinne der römischen Juristen eine Iniurie ist, wenn man Jemanden durch Täuschung veranlasst,

[1]) Ad Her. 4, 25.
[2]) Coll. 2, 5, 4. L. 1 § 2 D. h. t.

etwas abscheulich Schmeckendes herunter zu schlucken oder wenn man ihm etwas schlecht Riechendes unter die Nase hält oder ihm in die Ohren schreit, obwohl sich der quellenmässige Nachweis dafür zufällig nicht erbringen lässt. So rechnet v. Liszt[1]) im Sinne des heutigen Strafrechts zur widerrechtlichen Störung der körperlichen Unversehrtheit (Körperverletzung) auch das Erregen von Unbehagen, Ekel, Abscheu, Furcht, Schrecken, sowie störende Einwirkung auf die Sinne (Katzenmusik, blendendes Licht, Gestank, Kitzeln, Kratzen, unzüchtige Berührung) — unter der Voraussetzung, dass die Störung keine ganz unbedeutende war. Dass dies auch der Standpunkt des Römischen Rechts war, zeigt die Subsumtion einzelner einschlägiger Fälle unter die ursprüngliche Iniurie des Generaledikts. Schon Labeo[2]) entscheidet sich für Zulassung der Klage, si quis medicamento vel aliove quo mentem alicuius alienaverit, und Ulpian giebt die Klage, si quis pulsatus quidem non est, verum manus adversus eum levatae et saepe territus, [quasi vapulaturus non tamen percussit][3]), utili[4]) iniuriarum actione tenetur[5]), wobei offensichtlich nicht etwa auf den Versuch einer Misshandlung sondern auf die Erregung von Furcht, Schrecken, Bestürzung abgestellt ist. Dahin gehört auch das Beschmutzen eines Anderen (fimo corrupto aliquem perfundere, caeno luto oblinere[6]), das Eingeben von Liebestränken[7]) sowie von Abortivmitteln, sowie der Fall, si victum vel stratum inferri quis iudicato non patiatur[8]), wobei freilich die Klage nur mit der vorsichtigen Wendung gegeben wird: ut quidam putant, iniuriarum agi poterit. Eben dahin die Verunreinigung des Trinkwassers, soweit man unterstellen kann, dass Dritte es nichtsahnend trinken werden[9]), die Belästigung durch Rauch in dem viel

---

[1]) v. Liszt S. 298.
[2]) L. 15 pr. D. h. t.
[3]) Glosse?
[4]) Utique? vgl. Lenel Ed. S. 322 Anm. 1.
[5]) L. 15 § 1 D. h. t.
[6]) L. 1 § 1 D. de extr. crim. 47, 11 = Paulus 5, 4, 13.
[7]) L. 38 § 5 D. de poenis 48, 19 (amatoria pocula).
[8]) L. 34 D. de re iud. 42, 1 (Licinius Rufus).
[9]) L. 1 § 1 D. de extr. crim. 47, 11 = Paulus 5, 4, 13 (aquas spurcare).

erörterten Falle Javolens[1]), und es ist nur eine verfeinerte Entwicklung in derselben Richtung, wenn man später die körperlich-seelische Belästigung durch Störung des äusseren Anstandes, des formal-würdigen Auftretens in diese Kategorie von Thatbeständen hineinzog. Wenn Macrobius sich darüber lustig macht, dass Hortensius einen Collegen wegen Iniurien belangte, quod sibi in angustiis obvius offensu fortuito structuram togae detraxerat[2]), so erwähnt Seneca es als einen typischen Iniurienfall, dass der Pöbel, durch eine politische Rede Cato's gereizt, diesem auf dem Forum die Toga fortriss[3]), und auch die vorhin erwähnten Fälle, das Beschmutzen, Begiessen etc. gehören zugleich hierher, insofern sich in ihnen das körperliche Unbehagen mit dem Unwillen über die erlittene Unbill verbindet. Eine ähnliche Störung der äusseren Würde ist es, wenn man den Begleiter einer Matrone oder eines Knaben entfernt und Beide dadurch in die Lage bringt, in einem den römischen Begriffen von Anstand widersprechenden Aufzug zu erscheinen. So kam man dahin, dem Schutz der körperlichen Integrität, insbesondere auch gegen Störung durch Einwirkung auf die Sinne, den Schutz des seelischen Gleichgewichts an die Seite zu stellen. Die Trennung der Begriffe körperliche und seelische Integrität lässt sich für die juristische Betrachtung ja überhaupt immer nur bis zu einem gewissen Grade durchführen, weil Körper und Seele in dem Lebenden organisch verbunden sind. Eine Ohrfeige wird in dem Getroffenen abgesehen von dem körperlichen Schmerz, der fehlen kann, ein starkes seelisches Unbehagen, wie Scham, Zorn, Empörung, Entrüstung hervorrufen und dieselben Gefühle mochte ein Römer hegen, den man, während er auf dem Forum zu den Quiriten sprach, mit Schlamm besudelte: das körperliche und seelische Unbehagen lässt sich hier nicht trennen.

In der Ausgestaltung dieses Schutzes der seelischen Integrität lag dann die weitere Entwicklung des Injurienrechts.

In dieser Richtung werden auch diejenigen Angriffe auf die

[1]) L. 44 D. h. t. vgl. § 5. Pernice S. 30 macht auf Quintil. decl. 14, 5 aufmerksam: quid refert animo quis noceat an corpori? vgl. auch decl. 246, 327, 385.

[2]) Macrob. 2, 9.

[3]) Seneca Dial. 2, 1, 3. 2, 2, 3.

Psyche dem Iniuriensystem einzureihen sein, bei denen eine Verletzung des sittlich-religiösen, des Pietätsgefühls durch Gräber- oder Leichenschändung hervorgebracht wird. Die Quellen erwähnen Leichenberaubung [1]), unbefugtes Ausgraben einer Leiche [2]), Beschädigung des Standbildes auf dem Grabe [3]), sowie allgemein jede iniuria funeri vel cadaveri facta [4]) und eben dahin wird auch die a° in factum bei der Verhinderung eines Begräbnisses [5]) zu rechnen sein [6]).

In freilich befremdender Anwendung des Begriffs convicium heisst es in unserem Text von Paulus [7]):

> convicium contra bonos mores fieri videtur, si obscoeno nomine aut inferiore parte corporis nudatus aliquis insectatus sit.

Mag man nun auch mit Cujacius und Pernice die ganze Stelle als ein spätes Einschiebsel aus den Volksrechten ansehen, die Subsumtion des erwähnten Thatbestandes unter das Iniurienrecht an sich unterliegt keinen Bedenken, obwohl man ihn allerdings zum Generaledikt zu rechnen geneigt sein würde. Seneca erwähnt als Beispiel einer contumelia, die, wenn sie von einem Kinde verübt wird, Niemand als solche ansehen wird: crines matris turbavit laceravitve infans et sputo adspersit aut nudavit in conspectu suorum tegenda et verbis obscoenioribus non pepercit [8]) und bald darauf als Fall der contumelia, si quis obscoenorum vocibus improbis per forum agetur [9]), während er

[1]) L. 5 § 8 D. de inst. act. 14, 3. Derselbe Fall wird gelegentlich der a° de sep. violato der cognitio extraordinaria in den Provinzen nnterstellt (L. 3 § 7 de sep. viol. 47, 12).

[2]) L. 8 pr. de rel. 11, 7.

[3]) L. 27 D. h. t. (statua in monumento saxis caesa als symbolische Beschimpfung gedacht).

[4]) L. 1 § 6 D. h. t.

[5]) L. 8 § 5 D. de rel. 11, 7. — Die a° sepulcri violati ist, wie schon die Einordnnng der Leichenberaubung (Anm. 1) zeigt, ihrem Prinzip nach iniurienrechtlich, vgl. anch L. 2 § 8 D. de sep. viol. 47, 12: scilicet ex iniuria quae facta est.

[6]) Landsberg a. a. O. S. 51. Anders wohl bei der eigentlichen mittelbaren Iniurie, Pernice S. 41 f.

[7]) Paulns 5, 4, 21.

[8]) Seneca Dial. 2, 11, 2.

[9]) Seneca 2, 15, 1.

die schon erwähnte Beschimpfung des jüngeren Cato mit den Worten schildert: tibi indignum videbatur, quod .... a rostris usque ad arcum Fabianum per seditiosae factionis manus traditus voces improbas et sputa et omnis alias insanae multitudinis contumelias pertulisset[1]). Bekannt ist die Szene, die der ersten Römischen Kaiserin passirte, die dann eine Bestrafung der Iniurianten mit den Worten ablehnte: für eine züchtige Frau sind solche Männer Statuen.

Wie sehr in derartigen Fällen das eigentlich Iniuriöse in der Störung des seelischen Gleichgewichts empfunden wurde, zeigt der mehrfach erwähnte Dialog Senecas nec iniuriam nec contumeliam accipere sapientem in seinem Zusammenhange. Dabei soll nicht verkannt werden, dass, wie die Philosophen überhaupt bei derartigen Erörterungen auf den Anschluss an das positiv geltende Recht keinen Werth legen, so insbesondere in dem vorliegenden Fall Senecas Auffassung auf seinen philosophischen Standpunkt, die Lehre der Stoa zurückzuführen ist, die freilich die römische Rechtsentwicklung mannigfach und z. Th. intensiv beeinflusst hat. Und so erscheint es nach unserem sonstigen Quellenmaterial nicht wahrscheinlich, dass Seneca sich prinzipiell im Gegensatz zu der Grundanschauung des Römischen Iniurienrechts befunden haben wird, wenn er in zahllosen Wiederholungen, in immer neuen Wendungen mit der geschwollenen Beredtsamkeit der Asianer darauf zurückkommt, für den Weisen gebe es keine Iniurie, nicht bloss weil diejenigen Dinge, in deren Verletzung Andere eine solche erblickten, ihm gleichgültig seien, sondern hauptsächlich weil er Alles, was äusserlich als Iniurie auftrete, mit vollem Gleichmuth der Seele aufnehme und es dadurch seines Charakters als Iniurie entkleide. So heisst es von Cato: cum illi os percussum esset, non excanduit, non vindicavit iniuriam, ne remisit quidem, sed factam negavit: maiore animo non agnovit quam ignovisset[2]). Dieser Gedankengang durchzieht den ganzen Aufsatz; er findet seinen vielleicht bemerkenswerthesten Ausdruck in der Erörterung, dass bei Durchschnittsmenschen die Iniurie eine Gemüthsbewegung

[1]) Seneca 2, 1, 3.

[2]) Seneca 2, 14, 3.

hervorrufe und sie dadurch „hindere“: iniuriam nemo immota mente accipit, sed ad sensum eius perturbatur, caret autem perturbatione vir erectus . . . nam si tangit illum iniuria, et movet et inpedit[1]), d. h. zum Wohlbehagen ebenso wie zur normalen Thätigkeit gehört die Gemüthsruhe, die seelische Gesundheit neben der körperlichen: wird jene gestört, so wird der Mensch auch an der freien Entfaltung und Bethätigung seiner Persönlichkeit gehindert.

Dies ist der allgemeine Rahmen, innerhalb dessen wir nunmehr die Spezialedikte zu betrachten haben.

1. Das erste hatte nach Ulpian folgenden Wortlaut: Qui adversus bonos mores convicium cui fecisse [cuiusve opera factum esse] dicetur, [quo adversus bonos mores convicium fieret], in eum iudicium dabo[2]).

Die älteste Erklärung des convicium finden wir bei Festus: occentassit antiqui dicebant, quod nunc convicium fecerit decimus, quod id clare et cum quodam canore fit, ut procul exaudiri possit; quod turpe habetur, quia non sina causa fieri putatur[3]). Seine Schlussbemerkung führt ohne Weiteres zu der Annahme, dass der Inhalt dieser lauten Belästigung ursprünglich nicht in erster Linie als kränkend gedacht ist, da von einer solchen Kundgebung nicht wohl erst gesagt werden konnte, turpe habetur, quod non sine causa fieri putatur. Auch wäre es in diesem Falle nicht verständlich, weshalb man die mündliche von der schriftlichen Beleidigung, die zweifellos nicht zum convicium gehört, abtrennte und für die erstere ein besonders lautes „Anschreien“ verlangte. Gemeint war also ursprünglich eine Belästigung der Sinne und zwar des Gehörsinnes durch „Erregung ruhestörenden Lärms“, insbesondere durch laute gegen

---

[1]) Seneca 2, 9, 3.

[2]) L. 15 § 2 D. h. t. Die eingeklammerten Worte scheinen Interpolation zu sein, da Ulpian (§ 8 a. a. O.) den ursprünglichen Text extensiv interpretirt: fecisse convicium non tantum is videtur, qui vociferatus est, verum is quoque qui concitavit ad vociferationem alios vel qui summisit ut vociferentur. Möglich indessen auch obwohl unwahrscheinlich, dass diese Interpretation tralatizisch von Ulpian aus einer Zeit übernommen wurde, die den Zusatz zur Formel noch nicht enthielt.

[3]) Festus S. 181 ff.

den Anstand verstossende Kundgebungen: convicium a concitatione vel a conventu hoc est a collatione vocum. Dass es sich dabei um Aeusserungen kränkenden Inhalts handelte, brachte mehr die Natur der Sache mit sich als dass es zunächst im Begriffe gelegen hätte — auch heute sind es in der Regel nicht Complimente, die Einer dem Anderen besonders laut entgegenschreit — und so kam es, dass schliesslich das Convicium als besondere Form der Infamatio erschien. Was den Juristen vorschwebte, zeigt ihre Abgrenzung gegen die letztere deutlich: id solum (sc. maledictum) quod cum vociferatione dictum est, sive unus sive plures dixerint, quod in coetu dictum est, convicium est: quod autem non in coetu nec vociferatione dicitur, convicium non proprie dicitur sed infamandi causa dictum[1]). Diese Scheidung wäre unlogisch, wenn den Juristen das Moment der modernen Beleidigung von irgend ausschlaggebender Bedeutung für den Begriff gewesen wäre. Gedacht ist zunächst an Thatbestände, wie Katzenmusik und Haberfeldtreiben, und die fortgesetzte Betonung der Zusammenrottung — denn das ist unter coetus und conventus zu verstehn —, die bei den leges Juliae de vi wiederkehrt, findet ihre Erklärung in den von Seneca geschilderten, oben mitgetheilten Szenen, wie Cato a rostris usque ad arcum Fabianum per seditiosae factionis manus traditus voces improbas . . . . pertulisset. Von solchen Szenen konnte denn auch gesagt werden, dass sie ad infamiam vel invidiam alicuius spectant[2]): sie bringen den davon Betroffenen in die Lage, dem Publikum gegenüber in einer dem äusseren Anstand nicht entsprechenden, nicht würdevollen Weise aufzutreten und damit in eine ihn beschämende und für ihn peinliche Situation.

Charakteristisch für diesen Thatbestand des Convicium ist seine Abgrenzung gegen das alsbald zu erörternde Delikt der versuchten Verführung. Auch im Convicium kann ein Angriff auf die Geschlechtsehre liegen und in beiden Fällen gehört insoweit die Abwesenheit der Gewaltanwendung zum Thatbestand der Delikte: gerade der gewaltlose Angriff unterscheidet sie vom Versuch der Nothzucht, der nur dem General-

[1]) L. 15 § 11 f. D. h. t. (Ulpian).
[2]) L. 15 § 4 D. h. t.

edikt unterstellt werden konnte. In sich selbst aber sind beide Delikte völlig verschiedener, ja entgegengesetzter Natur. Der Versucher sucht sein Opfer durch einschmeichelndes Auftreten zu umgarnen und zu verlocken: beim convicium liegt der Angriff auf die Geschlechtsehre darin, dass die angegriffene Persönlichkeit durch laute und brutale Worte, die ihre Sittlichkeit herabsetzen, verletzt wird. In diesem Sinne unterscheidet auch Ulpian: appellare est blanda oratione alterius pudicitiam adtemptare: hoc enim non est convicium sed adversus bonos mores adtemptare. Qui turpibus verbis utitur, non temptat pudicitiam sed iniuriarum tenetur[1]). Werden Schmähungen im Beisein Dritter ausgestossen, so konnte damit der Ruf der angegriffenen Person untergraben werden: allein das ist nicht mehr der Thatbestand des Convicium sondern der Infamatio. Umgekehrt kann aber auch eine Beschimpfung in Gegenwart Dritter unter den Begriff des Convicium statt der Infamatio fallen, wenn dabei lediglich an die Belästigung des Angegriffenen gedacht wird, der plötzlich in eine ihn beschämende und verwirrende Situation gelangt, die durch die Anwesenheit Dritter für ihn noch peinlicher wird. Liegt dagegen der Schwerpunkt nicht in diesem subjektiven Moment, sondern darin, dass die Anwesenden diese Schimpfworte hören und der Angegriffene dadurch ins Gerede kommt, so liegt Infamation vor. Für das Convicium ist demnach charakteristisch die Störung des äusserlich würdigen Auftretens durch belästigendes Anschreien und die damit zusammenhängende zugleich physische und seelische Beeinträchtigung. Beides gehört zusammen, wie die beiden Seiten eines gewebten Teppichs. Die römische Matrone wie der seiner Stellung sich bewusste Römer traten mit würdevoller Ruhe auf, aber diese Ruhe war nur das äussere Kleid ihres seelischen Gleichgewichts.

2. Eine solche Störung der äusseren Würde wie des inneren Gleichgewichts finden wir denn in dem zweiten Spezialfall des Edikts, der Adtemptatio. Die Ediktsworte reconstruirt Lenel[2]) dahin:

---

[1]) L. 15 § 20 f. D. h. t.

[2]) Lenel S. 322.

si quis matrifamilias aut praetextato praetextataeve comitem abduxisse sive quis eum eamve adversus bonos mores appellasse adsectatusve esse dicetur . . . .

Das Delikt kann also durch Wegführung des Begleiters, durch unschickliches Anreden und unschickliches Nachfolgen begangen werden — Handlungen, die nicht bloss die äussere Würde der angegriffenen Person beeinträchtigen, sondern diese auch insofern wenigstens belästigen können, als eine unsittliche Zumuthung an eine sittliche Natur nothwendig eine Kränkung der letzteren einschliesst und der Thäter auch das Bewusstsein dieser Möglichkeit hat. Der als Convicium sich darstellende Angriff auf die Geschlechtsehre geschieht turpibus verbis. Der Thäter betrachtet sein Opfer als eine unmoralische Person oder benimmt sich so als ob sie es wäre und belästigt sie eben durch die Worte oder Handlungen, die diese Annahme zum Ausdruck bringen. Umgekehrt geht der Adtemptator regelmässig von der Annahme der geschlechtlichen Reinheit seines Opfers aus und sucht diese aus Begehrlichkeit in seinem Interesse zu vernichten [1]), indem er sein Opfer mit einschmeichelnden Worten, blanda oratione (L. 20 h. t.) umgarnt. Der Thäter hat demnach zwar das Bewusstsein, dass sein Vergehen generell eine Kränkung involvirt und dass es möglicherweise auch in dem concreten Falle kränkend wirkt — denn er muss damit rechnen, dass die angegriffene Person eine sittlich intacte Natur ist und als solche sich bewährt und empfindet —, er hat aber nicht den Willen, sie zu kränken. So stellen die römischen Juristen denn auch correct auf den Erfolg ab: entscheidend ist, cum id agitur, ut ex pudico impudicus fiat [2]), und deshalb ist das Delikt auch dann consumirt, wenn es sich gegen eine virgo veste ancillari oder eine femina non matronali sed meretricio habitu richtet [3]). Hier fehlt sogar das Bewusstsein einer möglichen Kränkung,

---

[1]) Die drei alternativen Thathestandsmomente der Adtemptatio finden sich in Fausts Auftreten Grethchen gegenüber vereinigt, die adsectatio, blanda appellatio und die comitis abductio, letzteres in der Promenadenszene, während deren Martha Schwerdtlein durch Mephisto beschäftigt wird (L. 15 § 17 h. t.).

[2]) L. 9 § 4 L. 10 h. t.

[3]) L. 15 § 15 h. t.

nur der beabsichtigte oder eingetretene Erfolg der sittlichen Verschlechterung entscheidet [1]). Ist er eingetreten, so steht nicht dem Angegriffenen selbst, sondern nur dessen Gewalthaber die Klage zu, weil in soweit der Rechtssatz gilt: nulla iniuria fit in volentem. Allein auch bei der bloss versuchten und misslungenen Verführung wird nach der Natur der Sache die Klage regelmässig nicht dem direct Angegriffenen zustehen: die Ehefrau kann, der Praetextatus und die Prätextata werden regelmässig gewaltunterworfen sein [2]). Danach ergiebt sich als der eigentliche Kern des Delikts die Verletzung des Gewaltherrn durch Verführung seiner Gewaltuntergebenen, und es tritt dieses somit in unmittelbare Parallele zur actio de servo corrupto directa und utilis sowie zu den sonstigen Fällen der mittelbaren Iniurie.

3. Bei der a° de servo corrupto ist ursprüglich der rein vermögensrechtliche Gesichtspunkt festgehalten worden, der schon in den Edictsworten [3]) qui servum . . recepisse persuasisseve quid ei dicetur dolo malo, quo eum . . deteriorem faceret, scharf hervortritt und in der Auslegung bis zur — von Paulus abgelehnten — Annäherung an die lex Aquilia führte [4]). So wird der Ausschluss der Verführung von Hauskindern von Paulus damit begründet, quia servi corrupti constituta actio est, qui in patrimonio nostro esset et pauperiorem se factum esse dominus probare potest, dignitate et fama domus integra manente [5]). Aber das Bewusstsein der Analogie mit der mittelbaren Iniurie war doch so lebendig, dass es zur Annahme des Putativdelikts in dem Falle führte, dass Jemand einen Sklaven verführt, den er irrig für frei hielt: maius enim delinquit, qui liberum putans corrumpit et ideo, si servus fuerit, tenebitur [6]). Von da bis zur Ausdehnung der Klage als utilis auf die Verführung von Hauskindern war der Weg nicht weit, und schon bei Paulus finden wir ihn zurückgelegt [7]). Diese Ausdehnung

[1]) Pernice S. 31.
[2]) L. 1 § 9 D. h. t.
[3]) Lenel S. 134.
[4]) L. 3 § 1 L. 4 D. de servo corr. 11, 3.
[5]) L. 14 § 1 D. eod.
[6]) L. 5 § 1 D. eod. Anderer Ansicht war Mela L. 15 § 45 D. h. t.
[7]) L. 14 § 1 eod.

war ebenso wie die Schaffung der direkten Klage nothwendig, weil die klassischen Juristen rechtsgrundsätzlich die Zulassung der mittelbaren Injurienklage davon abhängig machen, dass der Thäter sich bewusst ist, mit seinem Vorgehen dem Herrn „einen Tort anzuthun." Deshalb muss die Iniurie ad sugillationem domini, sic ut domino faceret, ad contumeliam domini geschehen sein[1]). Jnterdum, sagt Ulpian, iniuria servo facta ad dominum redundat, interdum non, und er führt als Beispiel der zweiten Alternative den Fall an, dass man einen Sklaven züchtigt, als dessen Herrn man einen Anderen irrig annimmt, non caesurus eum, si meum scisset[2]). Dabei wird der Animus iniuriandi bei schweren Injurien gegen Sklaven und bei jeder Injurie gegen Gewaltunterworfene regelmässig in dem Wissen um das concrete Gewaltverhältniss und die Person des Gewalthabers gefunden: die Unkenntniss des letzteren exculpirt von der Iniurienklage, soweit anzunehmen ist, dass die Iniurie bei Kenntniss des wahren Herrn nicht erfolgt wäre. Bei der a° de servo greift diese Entschuldigung nicht durch: hier entscheidet der bloss thatsächliche Erfolg der Verschlechterung und der dem Herrn bezw. Gewalthaber dadurch zugefügten Unbill. So wird Paulus zu verstehen sein: Si quis servum meum vel filium ludibrio habeat licet consentientem, tamen ego iniuriam videor accipere: veluti si in popinam duxerit illum si alea luserit. sed hoc utcunque tunc locum habere potest, quotiens ille qui suadet animum iniuriae faciendae habet. atquin potest malum consilium dare et qui dominum ignoret: et ideo incipit servi corrupti actio necessaria esse[3]). Die objective Verschlechterung des Sklaven begründet also als solche die a° de servo corrupto, die von der Aquilia abgezweigt wurde, als das Bewusstsein sich Bahn brach, dass die Möglichkeit der Sklavenverführung eben auf der Existenz dessen beruhte, was der Sklave vor anderem Sacheigenthum voraus hatte: das verfeinerte sittliche Gefühl sträubte sich dagegen, die Corruption des Sklaven ebenso zu behandeln, wie etwa das Störrigmachen eines Pferdes.

---

[1]) L. 15 §§ 35, 46, 48 h. t.
[2]) L. 15 § 45 h. t.
[3]) L. 26 h. t.

Aus dieser singulären Beschaffenheit des Angriffsobjectes ergab sich aber auch die weitere Consequenz, dass die Sklaveniniurie regelmässig d. h. bei Kenntniss des Herrn durch den Thäter ersteren in ganz anderer Weise in Mitleidenschaft zog als die gewöhnliche Sachbeschädigung: sein Herrenrecht selber wurde angetastet, wenn man diejenigen angriff, die seinem Schutzrecht und seiner Schutzpflicht unterstellt waren[1]. Dass diese Auffassung bei Iniurirung von Hauskindern unvergleichlich schärfer hervortreten musste, ist klar: ihre Corruption nostrum pudorem pertingit[2] und dann am meisten, wenn das Werk des Verführers gelungen, der Sohn in die ihn entwürdigende Handlung z. B. den Verkauf als Sklave eingewilligt hat. Misslingt die Verführung, so bleibt als objectives Resultat gegenüber dem direct Iniuriirten die durch den Versuch hervorgebrachte Belästigung (Kränkung) übrig, während aus der Körperverletzung die Deterioration des körperlichen Organismus analog resultirt wie aus der (geglückten) Verführung die der Seele. So finden wir in der Adtemptatio pudicitiae als dem wichtigsten Spezialfall und den ihr parallelen Thatbeständen der mittelbaren Iniurie denselben Dualismus ausgeprägt, der der Erfassung und Darstellung der unmittelbaren Iniurie nicht gewöhnliche Schwierigkeiten entgegensetzt. Das Herrenrecht des Gewalthabers und damit das Bewusstsein seiner Machtstellung — sie war bekanntlich dem Sklaven und lange Zeit auch dem Haussohn gegenüber enorm weitreichend — wird verletzt und in dem Herrn das Gefühl der Indignation, der Entrüstung und Empörung erregt, wenn man die Person eines seiner Gewaltunterworfenen sei es in ihrem Körper sei es in ihrer Seele deteriorirt.

Damit ist aber auch das Wesen der unmittelbaren Iniurie schon umgrenzt. Wie der Körper so kann auch die Seele Angriffsobject der Iniurie sein: nur dass die letztere, wenn sie als Corruption sich darstellt von dem Verletzten, falls sie gelungen ist, nicht gerügt werden kann: in volentem nulla iniuria. Ist sie misslungen, so bleibt die Kränkung über den Versuch, die durch ihn hervorgerufene Entrüstung und Empörung übrig: sie stellt

[1]) L. 1 § 3 h. t. vel potestati vel affectui nostro subiecti.
[2]) L. 1 § 5 h. t.

sich als Trübung des seelischen Gleichgewichts, als eine Verletzung der Seele in ihrem gesunden, normalen Zustande analog dar wie die Verwundung als eine Verletzung des Körpers. Dieser Angriff auf die Psyche kann aber selbstverständlich nicht bloss durch den Versuch der Verführung erfolgen: ja es ist nicht einmal wahrscheinlich, dass dieser den Ausgangspunkt gebildet hat. Schon bei dem Convicium fanden wir eine Verletzung der Psyche durch brutales Anschreien, und von vorneherein ist klar, dass, wie schon hervorgehoben wurde, der zugleich älteste und Normalfall der Iniurie, die körperliche Misshandlung, z. B. die Ohrfeige, in dem Getroffenen neben dem physischen Schmerz, der fortfallen kann, eine tiefe seelische Erregung, Scham, Zorn und Empörung, also eine Beeinträchtigung der Psyche hervorrufen muss, wie diese denn überhaupt in dem Lebenden mit dem Körper untrennbar verbunden ist. Es wird dies von jeder Gewaltanwendung gegen die Person gelten, auch wenn sie sich nicht in eine körperliche Misshandlung umsetzt: Freiheitsberaubung[1]) und Nöthigung fallen darunter ebenso wie die Bedrohung, die wir bereits in dem Generaledict wegen des damit verbundenen körperlich-seelischen Missbehagens dem Iniurienbegriff unterstellt fanden, während andererseits die mehr oder weniger gewaltsamen Eingriffe in die persönliche Bewegungsfreiheit und Selbstbestimmung, die sich mit der Besitzstörung eng berühren, so weit sie nicht durch die Plotisch-Julischen Gewaltgesetze dem Criminalrecht eingereiht wurden, grundsätzlich als Iniurienfälle aufzufassen und von den römischen Juristen auch aufgefasst sind. Als Formel der Iniuria ergiebt sich demnach: die Verletzung der Persönlichkeit in ihrer körperlichen und seelischen Integrität, von denen die letztere auch die Freiheit der Bewegung und Bethätigung, der allgemeinen wie der individuellen umfasst.

4. Eine weitere Strahlenbrechung dieses Prinzips finden wir in dem vierten Spezialedict, dem über Infamatio. Die einleitenden Worte lauteten allgemein: Ne quid infamandi causa

---

[1]) Mommsen S. 793 Anm. 7. In repnblikanischer Zeit wurde wohl auch die Nothzucht als Iniuria aufgefasst. Mommsen S. 792, vgl. Coll. 5, 2, 1 nnd L. 3 § 4 ad l. J. 48, 7.

fiat. si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam[1]). Leider ist die zugehörige Formel an der entscheidenden Stelle in unserer Ueberlieferung (Coll. II, 6, 5) verstümmelt: Quod Ns Ns illum immisit[2]) Ao Ao infamandi causa. Ueber die Natur des Delikts[3]) aber kann trotzdem nach dem erhaltenen Material zumal aus den Edictcommentaren kaum ein Zweifel obwalten. Wie es für die Adtemptatio pudicitiae entscheidend ist, dass aus dem pudicus ein impudicus wird oder, da die römische Theorie den Versuch dem vollendeten Delikt gleichzustellen geneigt ist, werden soll, so umfasst das Infamationsedict Alles, wodurch Jemand infam wird: quodcunque quis fecerit vel dixerit ut alium infamet[4]). Darin ist nicht bloss die ignominia wie die levis notae macula und schliesslich jedes ins Gerede bringen inbegriffen, sondern darüber hinaus auch die Verschlechterung schlechthin[5]), sodass der Begriff infamare nahezu an corrumpere heranstreift und die Deterioration des Menschen als Correlat zur Sachbeschädigung erscheint.

Dem entspricht es auch, dass wir die Entwicklung des Edikts aus dem vorhergehenden noch verfolgen können. Labeo unterscheidet gelegentlich die iniuria ad dignitatem pertinens, cum comes matronae abducitur von der ad infamiam pertinens, cum pudicitia adtemptatur[6]), und Ulpian bemerkt zu der Worterklärung: adsectatur, qui tacitus frequenter sequitur: adsiduo enim frequentia quasi praebet nonnullam infamiam[7]). Dieser letztere Fall der versuchten Verführung spielt sich seiner Natur nach in der Oeffentlichkeit ab und kann deshalb den Ruf der angegriffenen Person untergraben oder diese doch ins Gerede bringen, insofern die Annahme möglich ist, dass sie ein solches Benehmen herausgefordert hat oder nicht ungern sieht. Auch bei

---

[1]) Lenel S. 323.

[2]) Sillum Arnaud und Blume, sibilum Huschke, fimum Lenel, libellum misit Mommsen.

[3]) Zum Folgenden Pernice S. 32 ff.

[4]) L. 15 § 27 h. t.

[5]) Belege für den Gebrauch des Wortes infamare durch Nichtjuristen bei Pernice S. 26 Anm. 1.

[6]) L. 1 § 2 h. t.

[7]) L. 15 § 22 h. t.

uns wird das Urtheil der öffentlichen Meinung bei solchen Anlässen in dem Verdacht Ausdruck finden, dass dergleichen eigentlich doch nicht Jedem passiren könne. In dieser objektiven Deterioration des Angegriffenen, insbesondere auch durch Herbeiführung der Ignominia oder der Infamie liegt aber auch dasjenige Moment, das die Brücke von dem Infamationsedikt zur generellen Iniuria bildet, und so ist es ohne Weiteres verständlich, dass noch Labeo sich über die Aufstellung des vierten Edikts wundern konnte, da die Infamation doch in dem Generaledikt enthalten sei[1]). Darauf beruht es auch, dass, soweit die Reihenfolge der Excerpte keinen Aufschluss giebt, die Vertheilung zahlreicher Deliktsthatbestände unter das General- und Infamationsedikt zweifelhaft bleibt. Mit diesem letzteren Edikt war der Ring geschlossen, der von der ursprünglichen Iniurie über das Convicium zur Verführung und von dieser über die Infamation wieder zum Generaledikt zurückführte.

Erwägt man die schweren Wirkungen, die die Infamie zunächst thatsächlich und dann meist auch rechtlich auf die von ihr Betroffenen ausübte[2]), so kann die Empfindlichkeit nicht überraschen, mit der das Iniurienrecht gegen alle Thatbestände reagirte, in denen der directe oder indirekte Versuch einer Herbeiführung der Infamie oder auch nur der Ignominia gefunden werden konnte. Wer die Fähigkeit Aemter zu bekleiden und in der Volksversammlung zu stimmen von Rechtswegen verloren hatte und gleicherweise in der Fähigkeit zu postuliren, als Stellvertreter eines Andern aufzutreten und theilweise auch in derjenigen einen Prozess für sich durch Andere führen zu lassen beschränkt war — von der der Entziehung des Commercium ursprünglich gleichkommenden Intestabilität ganz abgesehen — von dem konnte Cicero mit Recht sagen: si fieri potest, infra etiam mortuos amendatur. Das Generaledikt unterstellte es schon dem Iniurienrecht, wenn Jemand in der concreten Ausübung bestimmter einzelner Befugnisse, die aus dem öffentlichen Recht flossen, gehindert wurde wie in mari piscari, in publico lavare, in cavea publica

---

[1]) L. 15 § 26 h. t.

[2]) Pernice Bd. 1 S. 240 ff.

sedere[1]) und stellte dem die Verhinderung in der Ausübung privatrechtlicher Befugnisse in einzelnen Fällen gleich: durch Herbeiführung der Infamie aber wurde nicht die concrete Ausübung einer einzelnen Befugniss in einem einzelnen Falle gehindert, sondern dauernd ja lebenslänglich die Ausübung umfassenden Inbegriffe der denkbar wichtigsten Befugnisse in kränkender Weise unmöglich gemacht! Aber auch die blosse Ignominia konnte vermöge der weitgehenden censorischen Befugnisse zu dem gleichen Resultat führen: jeder Versuch sie herbeizuführen war deshalb auch eine Antastung der Handlungsfreiheit oder doch eine Gefahr für deren ungehinderte Bethätigung. In diesen Rahmen fügt sich das Infamationsedikt zwanglos ein. Die Casuistik der Digesten hebt aus der an sich unbegrenzten Zahl der Infamationsfälle mit besonderer Ausführlichkeit mit Rücksicht auf die infamirende Wirkung des Concurses die auf das Schuldrecht bezüglichen hervor. Die Stimmung, aus der heraus jene Delikte zu beurtheilen sind, schildert anschaulich Cicero in seiner Rede für Quinctius[2]). Wieviel man hier auch von der rhetorisch gefärbten Darstellung abziehen mag, sie ergiebt jedenfalls soviel, dass die Infamie gerade des Cridars vielleicht noch schwerer als andere Formen empfunden wurde, weil die mit dem Concurs verbundenen

---

[1]) L. 13 § 7 h. t.

[2]) Cic. pro Quinctio 15, 49 ff.: cuius vero bona venierunt, cuius non modo illae amplissimae fortunae sed etiam victus vestitusque necessarius sub praecone cum dedecore subiectus est: is non modo ex numero vivorum exturbatur, sed si fieri potest infra etiam mortuos amendatur. Ergo hercle, cuius bona ex edicto possidentur, huius omnis fama et existimatio cum bonis simul possidetur: de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur, huic ne perire quidem tacite obscureque conceditur: cui magistri fiunt et domini constituuntur, qui qua lege et conditione pereat pronuntiant: de quo homine praeconis vox predicat et pretium conficit, huic acerbissimum vivo videntique funus ducitur, si funus id habendum sit, quo non amici conveniunt ad exsequias cohonestandos, sed bonorum emtores ut carnifices ad reliquias vitae lacerandas et distrahendas . . . . Iugulare civem ne iure quidem quisquam bonus vult: mavult enim commemorare, se cum posset perdere, pepercisse quam cum parcere potuerit, perdidisse. haec in homines alienissimos denique inimicissimos viri boni faciunt et hominum existimationis et communis humanitatis causa.

Massregeln, der offene Arrest, das öffentliche Ausschreiben, die Wahl des Vermögensverwalters einen ausserordentlich schweren Eingriff in die Selbstständigkeit des Schuldners bedingten, während diesem andrerseits schon durch die Entziehung des gesammten Vermögens jede Möglichkeit der Fortsetzung seiner bisherigen Lebensweise genommen wurde. Insofern enthält die rechtswidrige Herbeiführung der missio in bona, selbst abgesehen von der damit verbundenen Infamie, den denkbar schwersten Eingriff in die selbstständige Lebensführung, ja überhaupt in die Lebensführung des davon Betroffenen: er war mit einem Schlage dem äussersten Elend preisgegeben und das von Rechtswegen, d. h. durch Missbrauch einer juristischen Prozedur.

Den Versuch einer rechtswidrigen Herbeiführung des regulären Concursus omnium bonorum finden wir in den Quellen nur soweit angedeutet, als Gaius es allgemein zu den Iniurienfällen rechnet, si quis bona alicuius quasi debitoris sciens eum nihil sibi debere proscripsrrit [1]). Ausführlich wird die praetorische missio in possessionem hereditatis als Iniurienfall von Ulpian erörtert [2]). Die Erbschaftsgläubiger können wenn der Erbe „suspect" d. h. in diesem Falle vermögenslos ist, causa cognita Sicherstellung verlangen. Unterbleibt die letztere, so erfolgt die praetorische Besitzeinweisung in bona hereditatis mit demnächstiger Verkaufserlaubniss. Doch soll, wenn der Erbe abgesehen von seiner Vermögenslosigkeit zu keinem Bedenken Anlass giebt und die Erbschaft intact erhalten hat, ein praetorisches Veräusserungsgebot genügen (iubeat eum nihil minuere). Quod si — schliesst Ulpian — nec inopia laborantem eum creditores ostendere potuerint, iniuriarum actione ei tenebuntur.

Auf ein solches Veräusserungsverbot, das auch bei bevorstehenden hereditatis petitio ergehn kann [3]), bezieht sich, wie Lenel [4]) gezeigt hat, die Bemerkung Ulpians (L. 24 h. t.): si quis pro-

[1]) Gaius 3, 220.

[2]) L. 31 D. de rebus auctor. iud. 42, 5.

[3]) L. 5 pr. D. de her. pet. 5, 3.

[4]) Ulpian 537 Lenel. Der Beweis liegt in der Inscription. Vgl. Pernice in der Zeitschrift der Savignystiftung Bd. 14 S. 175 f.

prium servum distrahere prohibetur [a quolibet][1]), iniuriarum experiri potest. Wenn hier das von dem Erbschaftsgläubiger erwirkte praetorische Veränsserungsverbot als ein distrahere prohibere der Gläubiger bezeichnet werden kann, so ist es an sich nicht ausgeschlossen, dass derselbe Schriftsteller mit dem wohl absichtlich untechnisch gewählten Ausdruck occupare ursprünglich das analoge Verhältniss der praetorischen missio in possessionem des Gläubigers bezeichnet hat. Dann würde die viel erörterte Bestimmnng: si qnis bona alicuius vel rem unam per iniuriam occupaverit[2]) hierher gehören und insbesondere auch der Zusammenhang mit den bei Ulpian unmittelbar folgenden Thatbeständen: item si quis pignus proscripserit venditurus, tamqnam a me acceperit, infamandi mei causa, Servius ait injuriarum agi posse und si qnis non debitorem quasi debitorem appellaverit iniuriae faciendae causa, injuriarum tenetur gewahrt sein[3]). Der Parallelismus der beiden letzterwähnten Fälle leuchtet ohne Weiteres ein. Wurde bei der missio in bona bezw. in rem nnd bei dem Veräusserungsverbot der Verletzte durch Missbrauch eines prozessualen Rechtsbehelfs in einer für ihn kränkenden Weise in der Disposition über sein Vermögen behindert und gleichzeitig dadurch in eine für ihn beschämende und nnwürdige Situation gebracht, so liegt bei der Schuldfiction das Kränkende darin, dass auf diesem Wege sich Jemand als Gläubiger eines Anderen, vielleicht social hoch über ihm Stehenden, aufspielt nnd diesen zugleich in den Verdacht bringt, als wolle oder könne er seinen pekuniären Verpflichtungen nicht nachkommen. Schon die Behauptung eines concreten Darlehnsverhältnisses kann den angeblichen Schuldner herabwürdigen: man unterstelle, dass ein Kellner in einem besseren Restaurant oder

---

[1]) Offenbar eine Interpolation, die dadurch nöthig wurde, dass die Compilatoren den Fall von seiner speziellen Beziehung loslösen und verallgemeinern wollten, vgl. § 8.

[2]) L. 15 § 31 h. t.

[3]) L. 15 § 32 f. h. t. Pernice S. 38 fasst den Fall der L. 15 § 31 wie den in L. 20: signatio domus absentis debitoris sine anctoritate eins, qui concedendi ins potestatemqne habuit mit Cuiacius als Beispiele erlaubter Selbsthilfe (Perclusion) auf, deren objective Voraussetzungen etwa durch Zahlung oder Sicherstellung fortgefallen sind.

der Portier eines gleichen Hotels den dort verkehrenden Gästen Geld geborgt zu haben behauptet. So kam man von der proscriptio bonorum als Theil des Concursverfahrens zu der den gleichen Eclat der Oeffentlichkeit mit sich bringenden proscriptio pignoris, und von der Fiction eines sachenrechtlichen zu der des obligatorischen Schuldverhältnisses. Auch dabei ist die an das Edict anknüpfende Casuistik nicht stehen geblieben. So gehört es zu den Infamationsfällen, wenn der Gläubiger in iniuriam des zahlungsfähigen und -willigen Schuldners dessen Bürgen in Anspruch nimmt[1]), sowie die Ablehnung des zweifellos geeigneten Vindex[2]) eine Klage des letzteren wie des in ius Vozirten begründet[3]). Auch die chikanöse in ius Vocatio selbst kann unter Umständen hierher gehören[4]).

Die Herbeiführung der Ignominia und die damit zusammenfallende Kränkung kann aber naturgemäss auch ausserhalb des Schuldrechts und zwar auf so verschiedenartige Weise erfolgen, dass jede Casuistik immer nur eine Exemplification bleibt. Die Quellen erwähnen als Fälle der Herabsetzung eines Anderen, insbesondere auch dadurch dass man ihn ins Gerede bringt, die venditio sententiae[5]), das Anlegen von Trauerkleidern aus scheinbarem Mitgefühl für einen Angeklagten[6]), gegen den damit offenbar Stimmung gemacht und dessen Verurtheilung dadurch erleichtert werden sollte[7]), die Zuflucht zur Bildsäule des Kaisers, um sich vor angeblicher Gewalt zu schützen[8]) sowie die verläumderische Eingabe beim Kaiser oder einer Behörde[9]). In den beiden letzten Fällen handelte es sich

[1]) L. 19 h. t.

[2]) Lenel Ed. S. 53 ff.

[3]) L. 15 § 1 qui satisdare 2, 8.

[4]) L. 13 § 3 h. t.

[5]) L. 15 § 30 h. t. Paul. 5, 25, 13.

[6]) Als symbolische Form der Anklage erscheint das Anlegen von Trauerkleidern bei Seneca (contr. 10, 1, 30): der Sohn eines Ermordeten geht dem angeblichen Mörder in dieser Tracht überall nach, bringt ihn damit in den Verdacht des Mordes — als einziges Indicium lag vor, dass der angebliche Mörder reich und der Ermordete nicht beraubt war — und erreicht es dadurch, dass Jener bei der Wahl zu einer Ehrenstelle durchfällt.

[7]) L. 15 § 27 L. 39 h t.

[8]) L. 38 h. t. L. 28 § 7 de poenis 48, 19. L. 5 D. de extraord. crim. 47, 11. L. un. Cod. Theod. 9, 44.

[9]) L. 15 § 29 h. t.

offenbar darum, den stets bereiten Argwohn der römischen Caesaren auf ein unschuldiges Opfer zu lenken: wie empfindlich das römische Bewusstsein gegen die in der falschen Anschuldigung liegende Gefahr schon von Alters her gewesen ist, zeigt die bereits in republikanischer Zeit erfolgte Abzweigung des Calumnienrechts von der Iniuria[1]). Von diesem Thatbestand hat dann auch die kaiserliche Gesetzgebung über Schmähschriften ihren Ausgangspunkt genommen[2]).

Als eine potenzirte Verschärfung des Delikts der Infamirung erscheint endlich die assertio in servitutem in demselben Masse wie die capitis deminutio maxima der nächsten Stufe an Schwere und Tragweite überlegen ist[3]). So wird denn die wissentliche petitio in servitutem abgesehen von dem Fall der drohenden Eviction als Iniurie angesehen[4]).

5. Die wichtigsten Abzweigungen von dem Generaledict sind vorstehend dargelegt und im Einzelnen auch auf den inneren Zusammenhang mit dem letzteren hingewiesen, dessen wesentlichste Elemente somit gleichfalls wenigstens andeutungsweise zur Erörterung gelangt sind. Insbesondere ergab sich auch anlässlich der Besitznahme durch rechtswidrige Concurserwirkung wie durch Selbsthilfe die Erscheinung, dass grundsätzlich die Hinderung in dem Gebrauch von öffentlichem und Privateigenthum in einem bis jetzt noch nicht näher erörterten Umfange als Eingriff in die Bewegungs- und Bethätigungsfreiheit dem Generaledict über Iniurien unterstellt war. Dieser Complex von Thatbeständen, wohl der schwierigste Theil des

---

[1]) Durch die lex Remmia, vgl. Raspe, Calumnia S. 26 ff.

[2]) Das Nähere in § 7.

[3]) Darüber, dass zumal in älterer Zeit die Infamie als capitis deminutio erscheinen konnte, vgl. Puchta, Institutionen 2 S. 120 Anm. ff. Darüber hinaus wird man die Tragweite der Lehre vom caput für das Iniurienrecht nicht überschätzen dürfen: die Casuistik der Quellen macht mit verschwindenden Ausnahmen — Störung im Theaterbesuch und dgl. — die Bürgerrechtsqualität des Verletzten nicht zur materiellen Voraussetzung des Delikts. Auch der Latiner z. B. konnte bei Vorhandensein der prozessualen Voraussetzungen die Störung in der Benutzung der öffentlichen Wege mit der Deliktsklage abwehren, während andrerseits auch das Provinzialedict analoge Bestimmungen über das Iniurienrecht enthalten haben wird (vgl. Cic. in Verr. 2, 27, 66).

[4]) L. 12 h. t. L. 26 D. de lib. causa 40, 12.

Iniurienrechts überhaupt, ist nunmehr im Einzelnen zu prüfen, nachdem zunächst noch einzelne leges fugitivae erwähnt sind, deren Einreihung unter das Infamations- bezw. das Generaledict zweifelhaft erscheint, deren Auffassung im Sinne des Systems aber trotzdem ziemlich sicher ist — auch dies ein Beweis für den nahen Zusammenhang beider Edicte.

Bei der Untersuchung der angeblich Schwangeren[1]) wird man das Iniuriöse darin sehen dürfen, dass die Wittwe durch einen legalen Zwang genöthigt wird, sich eine Verletzung ihrer man könnte sagen körperlichen Würde durch ein „derartig widerwärtiges Verfahren" [2]) gefallen zu lassen.

Schwieriger liegt der iuristischen Auffassung nach der Fall der unbefugten Testamentsverlesung.

Ulpian wirft zu Eingang der l. 41 d. ad l. Aquil. 9, 2 die Frage auf, siquis testamentum deleverit, an damni iniuriae actio competat. Er referirt die verneinende Ansicht von Marcellus, die dieser auf die Unmöglichkeit der Schadensabschätzung begründet und setzt dem als eigene Ansicht entgegen: in testatore quidem hoc esse verum, quia quod interest eius aestimari non potest, verum tamen in herede vel legatariis diversum, quibus testamenta paene chirographa sunt. ibidem Marcellus scribit chirographo deleto competere legis Aquiliae actionem. sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit vel pluribus praesentibus legerit, utilius est, in factum et iniuriarum agi, si iniuriae faciendae causa secreta iudiciorum publicavit. Es folgt ein kurzes Referat über die Auffassung von Pomponius, wonach die Vernichtung eines Testaments regelmässig ein furtum weil animo furti faciendi geschehen darstellen und sich als Sachbeschädigung nur bei Vorliegen der blossen Schädigungsabsicht qualifiziren wird. In der unmittelbar folgenden L. 42 erachtet Julian bei Vernichtung eines deponirten Testaments oder einer sonstigen Urkunde ita ut legi non possit die actiones depositi, ad exhibendum und legis Aquiliae als gegeben.

Unser Fall wird weiterhin von Ulpian noch einmal im Zusammenhange des Depositalrechts erörtert[3]): si quis tabulas

[1]) L. 1 § 8 D. de inspic. ventre 25, 4.
[2]) Pernice S. 40.
[3]) L. 1 § 38 dep. vel contra 16, 3.

testamenti apud se depositos pluribus praesentibus legit, ait Labeo depositi actione recte de tabulis agi posse. ego arbitror, et iniuriarum agi posse, si hoc animo recitatum testamentum est quibusdam praesentibus, ut iudicia secreta eius qui testatus est, divolgarentur.

Endlich stellt derselbe Ulpian für einen analogen Thatbestand noch eine weitere Klage zur Verfügung: siquis tabulas testamenti apud se depositas post mortem testatoris delevit, vel alio modo corruperit, heres scriptus habebit adversus eum actionem de dolo. sed et his quibus legata data sunt, danda erit de dolo actio [1]).

Beachtet man, dass jedes Testament durch Eröffnung bei Lebzeiten des Testators ungültig wird, so ergiebt sich aus dem Quellenmaterial Folgendes: Die Vernichtung der Testaments**urkunde** als solcher begründet zunächst die Aquilische Klage: diese wird aber nach ihrer gesetzlichen Fassung regelmässig unpraktisch sein. Ihr Interesse werden Testamentserbe und Legatare unter diesen Umständen nur durch die a° doli erlangen, diese aber bei Lebzeiten des Testators nicht anstellen können, weil das Interesse sich dann noch nicht feststellen lässt. Der Testator kann das Testament falls er die Sachlage erfährt erneuern und die Nichterneuerung kann als zulässiger Widerruf, vor dem die Bedachten ohnehin nicht sicher sind, erscheinen. Ist die Vernichtung in Bereicherungsabsicht geschehn, zum Beispiel durch den Intestaterben, der damit die Legatare um ihre Vermächtnisse bringen und sich den ganzen Nachlass sichern will, so liegt Diebstahl vor. Ist das Testament aber noch vorhanden, so können Erben und Legatare mit dem Interdictum de tabulis exhibendis gegen den Besitzer oder den qui dolo malo non habet vorgehen [2]), der Testator selbst mit der a° ad exhibendum und Vindication.

Alles dieses betrifft die sachen- und vermögensrechtliche Seite des Falles, von der der Testator selbst regelmässig nicht berührt werden wird. Für ihn liegt das Iniuriöse bei der unbefugten [3])

---

[1]) L. 35 D. de dolo malo 4, 3.

[2]) L. 1 § 10 D. de tab. exhib. 43, 5.

[3]) Sie kann auch bona fide geschehen, z. B. wenn der Depositar, durch eine falsche Todesnachricht getäuscht, um den Anstalten des Intestaterben

Oeffnung[1]) und bezw. Vorlesung des Testaments in zwei verschiedenen Richtungen. Die Eröffnung macht das Testament nichtig und muss deshalb, wenn der Testator dies nicht rechtzeitig erfährt, die Folge haben, dass Intestaterbfolge eintritt, die Legate etc. fortfallen, und sein Vermögen daher an Leute kommt, denen er es nicht zuwenden wollte, überhaupt alle seine diesbezüglichen Anordnungen z. B. über sein Begräbniss fortfallen. Ein schwererer Eingriff in das Verfügungsrecht des Testators über sein Vermögen lässt sich nicht wohl denken. Es ist nicht sowohl eine Hinderung als eine Vereitlung seiner gesammten Dispositionsbefugniss und der Fall stellt sich in soweit als eine Steigerung der bereits besprochenen Eingriffe in das Verfügungsrecht über einzelne Vermögensstücke oder auch das ganze Vermögen dar. Davon abgesehn aber wird die Iniurie auch in der Indiscretion als solcher gefunden werden dürfen. Testamente haben in soweit eine gewisse Aehnlichkeit mit Memoiren und anderen Schriften, die man zum Erscheinen nach seinem Tode bestimmt hat: man spricht in ihnen das Letzte aus, was man auf Erden noch zu sagen hat und lässt vielleicht Rücksichten fallen, die man lebend zu nehmen sich verpflichtet hält. Gerade in der römischen Kaiserzeit ist davon überreicher Gebrauch gemacht worden. Der bei Lebzeiten ohnmächtige Hass der Unzufriedenen entlud sich über das Grab hinaus, und es entstand eine eigene Litteratur in fingirter Codizillarform abgefasster Pasquille[2]). Jedenfalls konnte die Testamentspublication bei Lebzeiten des Testators diesen unter Umständen in empfindlicher Weise blossstellen.

Charakteristisch aber für die römische Auffassung erscheint es, dass wir die vorzeitige Publikation dieser secreta iudicia nicht schlechthin sondern nur die durch den Depositar der Iniurienklage unterstellt finden, dass die letztere danach an-

zu begegnen, im Sinne des vermeintlich Verstorbenen zu handeln glaubt, wenn er das Testament publizirt, oder es ist Jemand de maiestate angeklagt und sein Freund publizirt das ihm inhaltlich bekannte Testament, in dem der Kaiser zum Erben eingesetzt ist.

[1]) Auch die Verlesung nur der scriptura exterior wäre denkbar, Pernice S. 40.

[2]) Tacitus ab excessu D. A. 14, 50.

scheinend cessirt, wenn ein Dritter, in dessen Hände das Testament durch irgend einen Zufall gelangt ist, die Indiscretion begeht. Sie wird aufgefasst als Vertrauensbruch und deshalb nur da geahndet, wo eine Treupflicht vorlag, wie dies bei dem Depositalvertrage nach dessen besonderer Natur zutrifft [1]). Darauf beruht es auch, dass die Mittheilung von Privatgeheimnissen aus Briefen durch den Adressaten, deren Unbequemlichkeit in Rom sehr lebhaft empfunden wurde, keine Iniurienklage begründete. Der Adressat war Eigenthümer des Briefes geworden und zur Geheimhaltung seines Inhalts im gegebenen Falle wohl durch eine moralische, in Ermangelung besonderer Umstände aber nicht durch eine Rechtspflicht verbunden. Den Begriff des sog. geistigen Eigenthums hat das römische Volks- und Rechtsgefühl wohl leise geahnt, aber nicht mit vollem Bewusstsein und nicht in seinen Consequenzen durchgeführt. Das Recht am Inhalt des Briefs fiel mit dem Eigenthum am Briefkörper wie überhaupt bei Schriftstücken zusammen, und es konnte dem Missbrauch durch den Sacheigenthümer daher nicht entgegengetreten werden. Davon abgesehen bietet der erörterte Fall eine interessante und praktisch wichtige Besonderheit insofern als hier die Iniuria im Rahmen eines Vertragsverhältnisses erscheint. Dass dies im römischen Recht relativ selten ist, beruht auf der Eigenthümlichkeit der bonae fidei Obligationen, die als solche die pönale Funktion der Iniurienklage in sich aufzunehmen fähig sind.

§ 5.

Die Besitzklage und das Generaledikt.

Es ist nunmehr das Verhältniss der Iniurienklage zu den Rechtsmitteln zu erörtern, die den Schutz des Benutzungsrechts bezw. der Verfügungsmacht über öffentliches oder Privateigenthum bezwecken [2]).

---

[1]) Pernice in der Zeitschrift der Savignystiftung Bd. 9 S. 228 ff.

[2]) v. Ihering, Rechtsschutz gegen iniuriöse Rechtsverletzungen, jetzt in Ges. Abhandlungen Bd. 3 S. 233 ff., bes. S. 298 ff.

1. Zum Schutz des Gebrauchsrechts an dem Gemeineigenthum besteht zunächst das Interdikt ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur[1]), das durch die analogen Verbote bezüglich öffentlicher Wege[2]), zumal soweit ihre Benutzbarkeit beeinträchtigt ist[3]), ergänzt wird. Dazu kommen das Interdikt über die Reparatur eines öffentlichen Weges[4]) sowie diejenigen zum Schutz öffentlicher Flüsse und Ufer[5]), der Schiffahrt wie der Löschung und Entlöschung[6]). Die Schiffahrt wird in gleicher Weise auch auf dem stehenden Gewässer geschützt[7]). Dieser Schutz wurde utiliter ausgedehnt auf den publicanus qui lacum vel stagnum conduxit, si piscari prohibeatur und schliesslich auch auf die Verhinderung der Viehtränke[8]). Voraussetzung des erstgenannten Interdikts ne quid in loco publico facias inve eum immittas u. s. w. ist, wie der Wortlaut ergiebt und die Ediktskommentare ausdrücklich hervorheben, ein opus faciendum d. h. eine manuelle Thätigkeit oder doch Einwirkung auf den Boden, die diesen oder den über ihm befindlichen Luftraum in irgend einer Weise affizirt, auf ihm resp. in ihm Spuren zurücklässt[9]). Die Anlage muss erst im Entstehn begriffen sein, die Wegnahme der schon fertigen erzwingt der Praetor nur, wenn es sich um Anlagen auf einem öffentlichen Wege handelt[10]). Anlässlich dieses Edikts nun bemerkt Ulpian[11]):

---

[1]) L. 2 pr. D. ne quid 43, 8.

[2]) L. 2 § 20 eod.: in via publica itinereve publico facere immittere quid, quo ea via idve iter deterins sit fiat.

[3]) L. 2 § 45 eod.: quominus in via publica ire liceat.

[4]) Dig. 43, 11.

[5]) Dig. 42, 12 und 42, 13: ne quid in flumine pnblico ripave facias immittas quo deterior fiat bezw. quo aliter fluat qnam priore aestate.

[6]) L. nn. pr. D. nt in flum. 43, 14: quo minus illi in flumine publico navem ratem agere qnove minus per ripam onerare exonerare liceat vim fieri veto.

[7]) A. a. O.: item ut per lacum fossam stagnnm publicum navigare liceat, interdicam.

[8]) L. un. §§ 6, 7, 9 eod.

[9]) L. 2 § 2 D. ne quid 43, 8.

[10]) L. 2 § 35 eod.

[11]) L. 2 § 9 eod.

Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum, quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere vel in publico balineo lavare aut in theatro spectare arceatur: sed in omnibus his casibus iniuriarum actione utendum est.

Wenn der Jurist hier auch bei Verhinderung der Schiffahrt und der Fischerei auf dem Meere auf die Iniurienklage als alleiniges Rechtsmittel verweist, so beruht dies darauf, dass das analoge oben citirte Edict, das ein opus factum, eine Anlage nicht zur Voraussetzung hat, lediglich von dem flumen publicum spricht. Ihre weitere Ergänzung findet dann die Entscheidung Ulpians in dessen Commentar zum Iniurienedict, in dem er, freilich in der zweifelnden Form sunt qui putent, die Frage bejaht, ob bei Verhinderung der Fischerei oder des Aufstellens von Netzen im Meere die a° iniuriarum zusteht. Er erwähnt als Ansicht von Pomponius und der meisten anderen Juristen, dass die gleiche Auffassung Platz greife, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiatur aut si quis re mea uti non permittat. conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice [hoc][1]) conduxit[2]) . . . . . .

Daran schliesst sich in den Digesten ein Excerpt aus Paulus:

Sane si maris proprium ius ad aliquem pertineat, uti possidetis interdictum ei competit, si prohibeatur ius suum exercere, quoniam ad privatam iam causam pertinet non ad publicam haec res . . . . ad privatas enim causas accomodata interdicta sunt, non ad publicas[3]).

Danach findet also das Interdict ne quid in loco publico auf die genannten Prohibitionsfälle keine Anwendung, weil es sich nirgends bei ihnen um eine manuelle, sei es auch nur mittelbare, Einwirkung auf den Boden sondern lediglich um eine Einwirkung auf den Gegner handelt: „nur die Bewegungsfreiheit des Anderen wird gehemmt“[4]). Dass aber die Klage

[1]) Hoc dürfte zu streichen oder mit Mommsen locum zu emendiren sein.

[2]) L. 13 § 7 h. t.

[3]) L. 14 h. t.

[4]) Pernice S. 35.

lediglich auf den objektiven Thatbestand der Störung, nicht aber auf eine etwaige injuriöse Gesinnung des Störenden abgestellt ist, zeigt der Umstand, dass sie in den hervorgehobenen Fällen als die ausschliessliche bezeichnet, also auch für den Fall gegeben wird, dass der Störende ein Recht zu seinem Vorgehen zu haben glauben mochte. Zu demselben Resultat führt auch Paulus Erörterung über die Abgrenzung der Klage gegen das Interdictum uti possidetis. Das letztere greift Platz, wenn der Interdictenkläger eine privatrechtliche Spezialbefugniss zur Benutzung der Meeresstelle behauptet, die a° iniuriarum, wenn er sich lediglich auf die allgemeine Berechtigung am Meere als res omnium communis stützt. Es ist klar, dass danach die übrigen subiectiven Voraussetzungen bei beiden Rechtsmitteln in so weit die gleichen sein müssen, und damit entfällt das Erforderniss eines besonderen animus iniurandi auf diesem Anwendungsgebiet. Endlich findet die Thatsache, dass unter den Iniurienfällen zwar die Verhinderung der Benutzung eines öffentlichen Platzes nicht aber die einer öffentlichen Strasse erwähnt wird, offensichtlich ihre Erklärung lediglich darin, dass für den letzteren Fall ein eigenes Interdict quoniam in via publica ire liceat[1]) ohne das Erforderniss einer manuellen Einwirkung auf den Boden aufgestellt war, für den öffentlichen Platz aber nicht. Rechtlich und begrifflich stehen beide Fälle an sich völlig gleich, und es muss deshalb dieselbe Wesensgleichheit, abgesehen von der prozessualen Verschiedenheit, für die zu ihrer Erledigung bestimmten Rechtsmittel bestanden haben.

Daraus ergiebt sich die weitere sehr wesentliche Consequenz, dass das quantam pecuniam aequum bonum videbitur der ästimatorischen Formel in diesem Falle nicht bloss die ideale Genugthuung sondern auch den realen Schaden abzugelten bestimmt gewesen sein muss[2]), da sonst der Geschädigte bezüglich des letzteren ohne jedes Rechtsmittel geblieben wäre, während andrerseits die zugleich pönale Function der Interdicte, wenn man dem Verfahren bis zum Schluss seinen Lauf liess, keinem Bedenken unterliegt.

[1]) L. 2 § 45 D. ne quid 43, 8.

[2]) Pernice S. 46. Ueber die Taxatio Huschke Gaius S. 134 ff., Hefke Taxatio S. 53 ff., Lenel S. 321.

2. In der Sphäre des Gebrauchsschutzes an Immobilien kann eine Concurrenz der Iniurienklage mit den Interdikten quod vi aut clam und unde vi in Frage kommen.

a) Das Interdiktum quod vi aut clam hat mit den bisher besprochenen das Erforderniss des opus factum, der manuellen Einwirkung auf den Boden sowie des Vorliegens eines wie auch immer gearteten Schadens gemein[1]. Beide Momente gestatten sowohl für die Coincidenz wie für die Gegensätzlichkeit dieses Rechtsmittels zur Iniurienklage die Grenzlinie zu ziehen.

Die römischen Juristen lehnen, soweit sie im Uebrigen den Begriff des Schadens ausdehnen, das Interdict consequent ab, wenn ein solches schlechthin entfällt. So siquid agri colendi causa factum est . . . si melior causa facta sit agri, quamvis prohibitus quis vi vel clam fecerit[2] und in dem nämlichen Sinne unterscheidet Celsus beim Abhauen eines fremden Waldes: si immaturam silvam caeduam cecidit quis interdicto quod vi aut clam tenetur: si maturam similiter caeduam neque damno dominus affectus est, nihil praestabit[3]. Dass derartige Eingriffe zulässig gewesen sind, erscheint kaum glaublich, und wenn ein quellenmässiger Nachweis sich auch nicht erbringen lässt, so liegt nach der ganzen Struktur der Iniurienklage doch die Annahme nahe, dass diese das zuständige Rechtsmittel gewesen sein wird — vorausgesetzt natürlich, dass es sich nicht um eine gutgläubige negotiorum gestio handelt. Damit würde es sich denn auch vereinigen lassen, dass die gleiche Klage bei der Castration eines Sklaven, der dadurch werthvoller wird, zusteht[4], obwohl andrerseits wegen der Besonderheit dieses letzteren Falles und des Sklavenrechts überhaupt die Tragweite dieser Analogie nicht hoch zu veranschlagen sein wird.

Das Erforderniss der Anlage oder Einwirkung auf den Boden hat in einzelnen Fällen zu Zweifeln geführt. Mit Recht wird sein Vorhandensein bejaht, si quis acervum stercoris circa

---

[1]) L. 1 § 2. L. 13 D. quod vi 43, 16. L. 2 § 10 ff. D. ne quid 43, 8.

[2]) L. 7 § 7 D. quod vi aut clam 43, 24.

[3]) L. 18 D. a. a. O. 43, 24. Die Schlussworte brauchen nur zu bedeuten, dass dem Thäter keine Ersatzpflicht auf Grund des Interdicts obliegt.

[4]) L. 27 § 17 D. ad l. A. 9, 2.

agrum pinguem disiecerit . . . quia solo vitium adhibitum sit [1]. Wurde der Mist dagegen nur über das Grundstück verbotswidrig hinübergeschafft, so wollte zwar Trebatius auch hierin die unzulässige Einwirkung auf den Boden sehen, quamquam nihil damni feceris mihi nec fundi mei mutaveris. Labeo stellte dem aber den Einwand entgegen, dass es bei einer so weiten Ausdehnung des Begriffs auch darunter fallen müsse, wenn Jemand iter per fundum fecerit aut bovem [2]) egerit [3]) . . . Dagegen wurde der Thatbestand das Interdikts unbedenklich darin gefunden, si quis proiectum aut stillicidium in sepulcrum immiserit, etiamsi ipsum monumentum non tangeret . . . . quia sepulcrum sit non solum is locus qui recipiat humationem sed omne etiam supra id caelum . . . . [4]).

Dieser letztere Thatbestand ist dann auch unter dem Gesichtspunkt des Uti Possidetis von den römischen Juristen erörtert werden, allerdings nur für den Fall si proiectio supra vicini solum non iure haberi dicatur d. h. wenn es sich um eine bereits vorhandene Anlage handelt. Ulpian referirt als eine bei Cassius mitgetheilte Ansicht: utrique, nämlich beiden Nachbarn, esse id utile [5]), quia alter solum possidet alter cum aedibus superficiem [6]) d. h. der Eigenthümer des überbauten Grundstücks sowie der des hinüberragenden sind beide juristische Besitzer und als solche für das Interdikt legitimirt: die Besitzstörung wird in dem Ueberbau gefunden, wie denn ein possessionis controversiam facere in der Verhinderung eines Baues [7]), einer Reparatur [8]), der Ackerbestellung [9]), überhaupt in jedem prohiberi uti possessione ohne eigene Besitzanmassung, jeder

[1]) L. 7 § 6 D. quod vi 43, 24.

[2]) So Mommsen. Die Ueberlieferung avem.

[3]) L. 22 § 3 D. a. a. O. 43, 24.

[4]) L. 22 § 4 eod.

[5]) So Mommsen. Die Ueberlieferung inutile. Bruns, Besitzklagen S. 77 hält an der Ueberlieferung fest und rechtfertigt die Entscheidung mit der Thatsache des bereits bestehenden Ueberbaus, der gegenüber das Interdict keine restitutorische Wirkung ausüben kann. Vgl. auch S. 67 Anm. 2.

[6]) L. 3 § 5 D. uti possidetis 43, 17.

[7]) L. 3 § 2 eod.

[8]) L. 3 § 3 eod.

[9]) L. 3 § 4 eod.

Hinderung der factischen Beherrschung der Sache, sei es der eigenen Einwirkung sei es der Ausschliessung Anderer[1]) gefunden wird[2]).

Unbedingt versagt ist das Uti Possidetis nur dem Inhaber eines einzelnen Stockwerks gegen den Besitzer des Grundstücks, weil ein juristischer Besitz an einzelnen Stockwerken nicht möglich ist[3]).

Dies ist das besitzrechtliche Quellenmaterial, dem gegenüber wir nunmehr die berühmte lex Si inferiorum dominus zu erwägen haben:

> si inferiorum dominus aedium superioris vicini fumigandi causa fumum faceret
>
> aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut proiecerit aus infuderit,

negat Labeo iniuriarum agi posse: quod falsum puto, si tamen iniuriae faciendae causa immittitur[4]).

Fragt man zunächst, an welche Rechtsmittel Labeo ausschliesslich und Javolen in Ermangelung des animus iniuriandi gedacht hat, so ergiebt sich nach dem bisher Bemerkten für die Raucherzeugung, wie Ulpian selbst an einer anderen Stelle[5])

---

[1]) Bruns, Besitzklagen S. 76 ff.

[2]) Eine andere Wendung giebt Labeo dem gleichen Thatbestand (L. 3 § 6 eodem). Der Eigenthümer des überbauten Grundstücks klagt gegen den Nachbar mit dem I. si eum locum possideamus, qui proiecto tegetur. Der Jurist wirft nun die Frage auf, ob der Beklagte, um den Ueberbau zu behalten, seinerseits mit dem I. vorgehen kann, uti nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectus est, d. h. ob er seinerseits durch die possessionis controversia des Klägers in seinem Besitz des überragenden Grundstücks gestört ist.

[3]) L. 3 § 7 a. a. O. 43, 17.

[4]) L. 44 D. h. t. (Iavolen). Nach aedium wird mit R. Schoell und Pernice S. 37 aedibus einzufügen sein.

[5]) L. 8 § 5 D. si servitus 8, 5 (Ulpian) non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei (serviunt nam Mommsen) talem servitutem admittit. Dasselbe wird dann im Folgenden bezüglich der Zuführung von Wasser auseinandergesetzt und aus der Zulässigkeit des Servitut die der a° negatoria wie auch der confessoria ius esse fumum immittere gefolgert. Dagegen verneint Pomponius (L. 8 § 6 a. a. O. 8, 5) die Möglichkeit der intentio licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere, wie man auch nicht klagen könne ius

bemerkt, das Interdictum Uti possidetis neben der mindestens schon von Aristo zugelassenen a° negatoria. Ob die letztere ursprünglich wegen ihrer Basirung auf die Servitutenmöglichkeit [1]) neben der Rechtsbehauptung die perpetua causa verlangte, kann hier dahingestellt bleiben: sie wird in unseren Quellen bei Gebrauchsstörung nicht schlechthin, sondern in einem Falle gegeben, nach dessen Beschaffenheit — es handelt sich um Raucherzeugung im Gewerbebetriebe — eine sich mit einer gewissen Regelmässigkeit wiederholende Störung zu erwarten stand, und damit steht es in vollem Einklang, dass die Zulässigkeit der Klage abgelehnt wird, wenn es sich um diejenige Raucherzeugung handelt, die einer solchen besonderen Veranlassung entbehrt und die nur mit dem Wirthschaftsbedürfnisse des Haushalts zusammenhängt [2]). Natürlich kann aber auch der Kochheerd zur Störung durch Rauch missbraucht werden, und in diesem Falle würde der Belästigte zunächst auf das Uti possidetis angewiesen, der Miether also, der als solcher keinen iuristischen Besitz hat, in soweit zunächst schutzlos sein. Der Anspruch, den er aus dem Miethvertrage gegen seinen Ver-

---

esse in suo ignem facere aut sedere aut lavare. Die positive Servitut und desgleichen die confessoria sind ausgeschlossen, weil man diese Befugnisse ohnedies iure naturali kraft seines allgemeinen Rechts besitzt und daher nicht erst durch besondere Verleihung erhalten kann; die negative, weil der Verzicht darauf als unzulässige Beschränkung der persönlichen Freiheit gegen die guten Sitten verstossen würde.

[1]) Dies wird als der geschichtliche Ausgangspunkt der Klage angesehn von Hesse, (Nachbarrecht S. 263 ff.; daselbst auch die Litteratur). Das „ius ire agere etc.“ wurde zumeist als ein dingliches Recht am Grundstück, d. h. als Servitut gedacht. Stellte sich bei den Vorverhandlungen in iure heraus, dass der Beklagte ein solches Recht nicht in Anspruch nehmen wollte, sondern die Thatsache der Verletzung in Abrede stellte oder sich etwa auf eine ihm persönlich vom Kläger ertheilte Erlaubniss berief, so wird dieser in älterer Zeit meist zur Iniurienklage gegriffen haben. Zumal bei Läugnung des Eingriffs wäre es offenbar zwecklos gewesen, einen Prozess über das Bestehen eines Rechts zu führen, das der Beklagte selber gar nicht in Anspruch nahm.

[2]) L. 8 § 6 D. a. a. O. 8, 5, vgl. die vorherg. Anmerkung. Auch in dem letzten von Ulpian aus Pomponius referirten Falle (L. 8 § 7 eod.) steht eine perpetua causa in Frage: in balineariis (so Mommsen statt balineis) vaporibus cum Quintilla cuniculum pergentem in Ursi Iuli (der Text verdorben) instruxisset, placuit potuisse tales servitutes imponi.

miether auf Gewährung der Benutzung hat, vermag auch abgesehen von der Umständlichkeit dieses Umweges gegenüber der einzelnen Störung keine Abhilfe zu schaffen. Dass aber der Miether in einer derartigen Situation völlig schutzlos geblieben sei, wird man nicht für wahrscheinlich halten. Unter diesen Umständen liegt die Annahme nahe, dass die Lücke durch die Iniurienklage ebenso wie bei dem Gebrauch der res publicae ausgefüllt worden ist. Dem steht zunächst der Wortlaut Javolens an der angeführten Stelle entgegen, wenn man, wie es am natürlichsten ist, deren Schlussworte si tamen iniuriae faciendae causa immittitur nicht bloss auf das Herunterwerfen oder Giessen, sondern auch auf die Raucherzeugung bezieht. Denn die Klage wird danach nicht schlechthin, sondern nur für den Fall des iniuriae causa facere gegeben[1]). Ich glaube indessen, dass mit diesen Worten wesentlich nur die Abgrenzung nicht bloss gegen die Ausübung einer Spezialbefugniss, sondern hauptsächlich gegen eine Anzahl von Fällen ausgedrückt werden sollte, in denen auch abgesehen von der bloss fahrlässigen Störung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen weder eine Besitzstörungs- noch die Iniurienklage gegeben sein konnte. Wenn ein Dienstmädchen aus Ungeschick den Heerd überheizt oder wenn Jemand am Fensterbrett zufällig oder fahrlässig ein Glas umstösst, so würde auch der Eigenthümer das Uti possidetis nicht anstellen können, und jedenfalls fehlt das für die Iniurienklage unerlässliche Bewusstsein der Störung Anderer. Desgleichen entfällt die Klage auch bei dem Vorliegen dieses Bewusstseins, sobald die Störung sich innerhalb der Grenzen hält, die man ertragen muss: das Zusammenleben auf einem verhältnissmässig kleinen Raum zumal in Grossstädten bringt eben eine Reihe gegenseitiger persönlicher Belästigungen mit sich, die man in den Kauf nehmen muss. Die Grenze kann im einzelnen Fall nach Zeit und Ort verschieden sein: im Allgemeinen wird das Verkehrsübliche entscheiden.

Möglich, dass die fragliche Einschränkung in dem zweiten, von Javolen genannten Falle beim Herunterwerfen oder Giessen

[1]) Die Abschwächung der Worte bei Ihering („da ja") halte ich mit Pernice S. 36 f. für sprachlich bedenklich.

in der Praxis etwas schärfer betont worden ist, denn hier hatte der Miether, sobald ein Schade sich nachweisen liess[1]), noch das Interdictum quod vi aut clam. Die Stelle selbst aber bietet zu einer solchen Unterscheidung keine Handhabe.

Eine Analogie endlich des letztgenannten Interdicts zur Iniurienklage ergiebt die Ueberlieferung in dem Falle der Verunreinigung von Wasser. Nach Labeo greift das Interdict Platz si quis in puteum vicini aliquid effuderit, ut hoc facto aquam corrumperet . . . . portio enim agri videtur aqua viva, quemadmodum si quid operis in aqua fecisset[2]). Als Iniurie aber, wenn auch nicht bei Gelegenheit, so doch im Sinne des Edicts bezeichnet es Paulus si quis fimo corrupto aliquem perfuderit, caeno luto oblinierit, aquas spurcaverit, fistulas lacus quidve aliud ad iniuriam publicam contaminaverit: in quos graviter animadverti solet[3]). Mindestens bei den Röhren und Seeen ist hier an Staats- resp. Gemeindeeigenthum gedacht und auch bei den unmittelbar vorhergehenden Worten liegt die Annahme nahe, dass, wie auch die cognitio extraordinaria zeigt, der gemeingefährliche Charakter des Delikts hervorgehoben werden sollte. Unbedenklich wird aber auch die Verunreinigung eines Privatbrunnens, dessen Benutzung durch Fremde regelmässig nicht stattfand, als Iniurie gegen den Eigenthümer anzusehn sein.

b) Die bei Justinian verschmolzenen Interdicte de vi quotidiana und armata stehn zwar auch dem Naturalbesitzer zu[4]), verlangen aber die Dejection von einem Immobile im Sinne der technischen Besitzentsetzung[5]). Deshalb wird dem persönlich Deizirten das Interdict versagt, sobald er den Besitz noch durch dritte Personen retinirt, also so lange nicht auch diese vom Deizienten überwältigt sind[6]). Die Bewältigung des Inhabers

---

[1]) L. 16 D. quod vi 43, 24. Es kann sich fast nur um den Werth der Arbeitskraft handeln, die zur Beseitigung nöthig war, also um einen nur ausnahmsweise practischen Fall.

[2]) L. 11 pr. D. quod vi 43, 24.

[3]) L. 1 § 1 D. de extr. cr. 47, 11 = Paulus 5, 4, 13.

[4]) L. 1 § 9 D. de vi 43, 16.

[5]) L. 1 § 22 ff. eod.

[6]) L. 1 § 45 D. eod.

wird als Fall der Deiection aufgefasst[1]), der letzteren auch die Nichteinräumung des verkauften Grundstücks durch den Miether gleichgestellt[2]). Dagegen wird die blosse Störung im Besitz, eben weil sie keine Entsetzung ist, schwerlich als Deiection zu erachten sein[3]). Die fortgesetzte Abschwächung des Gewaltbegriffs[4]) entsprach der Tendenz der Gesetzgebung, die ihren Abschluss in der Umgestaltung der Julischen Gewaltklage durch Justinian fand[5]). Wenn erst der letztere die unbewaffnete Deiection der Klage de vi privata unterstellte, so muss diese vor Justinian mit dem Interdict de vi armata zusammengefallen sein, während die waffenlose Deiection vor ihm criminell überhaupt nicht strafbar gewesen sein kann. Diese umfassende Lücke — wir sahen, wie auch das Interdict bei der Deiection ohne technischen Besitzverlust wie bei der blossen Störung, versagt — ist durch das Iniurienrecht ausgefüllt worden, dessen historisch ältester Bestandtheil — Gewalt gegen die Person — hier recht eigentlich zu Ehren kam. Das Cornelische Gesetz, das die Thatbestände des pulsare verberare domum vi introire umfasst, bespricht Ulpian[6]) offenbar ohne jedes Bedenken als Theil des Iniurienrechts. Dass aber auch bei der Julischen Gesetzgebung de vi die Juristen sich dieses Zusammenhangs bewusst blieben, zeigt ihre Darstellung mit voller Deutlichkeit.

---

[1]) L. 1 § 47 D. eod.

[2]) L. 12 D eod. Nicht aber die Verhinderung der Besitzergreifung (L. 1 § 2 f. eod.).

[3]) Allerdings heisst es in L. 11 D. de vi 43, 16: vim facit qui non sinit possidentem eo quod possidebit (possideat?) uti arbitrio suo sive inserendo sive fodiendo sive arando sive [quid] aedificando sive quid omnino faciendo per quod liberam possessionem adversarii non relinquit (Pomponius), wobei nach der Structur des Satzes die erwähnten Störungsversuche m. E. nur als Thätigkeiten des Störenden, nicht als Hinderung am Graben, Säen, Pflügen, in Betracht kommen. Allein der Satz ist von den Compilatoren an eine falsche Stelle gebracht: er bezog sich ursprünglich auf das I. quod vi aut clam, wie L. 9 pr. i. f. D. qmc. 4, 2 zeigt: idem (Labeo) ait, et si forte adhibita manu in meo solo per vim aedifices, et interdictum quod vi aut clam et hoc edictum locum habere, scilicet quoniam metu patior id te facere (Ulpian), vgl. L. 22 D. quod vi 43, 24.

[4]) L. 9 pr. D. qmc. 4, 2. L. 3 § 5 D. de vi 43, 16.

[5]) Mommsen S. 656 ff., 659 f.

[6]) L. 5 pr. ff. h. t. 47, 10, vgl. Mommsen S. 785.

So wird bei dem Frauenraub der Fall erwogen, si pater iniuriam remiserit[1]), bei der Folterung eines fremden Sklaven räth Labeo an Stelle der Klage de vi privata moderatius edicto praetoris de iniuriis utendum esse[2]); bei dem Zwang zur Uebernahme einer Geldleistung heisst es: qui ludos pecuniamve ab aliquo invito polliceri publice privatimve per iniuriam exegerit[3]). In dem Titel de vi privata wird der Fall erörtert: si nulli convocati nullique pulsati sunt, per iniuriam tamen ex bonis alienis quid ablatum sit, hac lege teneri eum qui fecerit, negamus[4]). Allein auch abgesehen von der Ausdrucksweise der Juristen zeigt ihre Casuistik mannigfache Anklänge an sonstige Iniurienfälle. So wird es als vis publica bezeichnet, qui hominem dolo malo incluserit, obsederit[5]) sowie qui hominibus armatis possessorem domo agrove suo aut navi sua deiecerit expugnaverit[6]), als vis privata, si creditor sine auctoritate iudicis res debitoris occupet[7]).

Als eine Bestimmung der lex Julia iudiciorum publicorum wird erwähnt, ne eodem tempore de duobus reis quis quereretur, nisi suarum iniuriarum causa[8]). Nun vermuthet Mommsen[9]) die Identität der leges Juliae de vi mit denen über das Gerichtsverfassungsrecht; allein abgesehen davon kann es sich für jene Zeit kaum um andere criminelle Iniurienfälle handeln als die der Gewaltgesetze, da die allmähliche Ueberleitung der Civiliniurie in die criminelle Sphäre einer erheblich späteren Epoche angehört. Die Bestimmung passt auch auf die Julischen Gewaltfälle um so mehr, als bei ihnen die Zusammenrottung eine wesentliche Rolle spielt und hier schon die Connexität des Thatbestandes das einheitliche Verfahren erfordert, wie die

---

[1]) L. 5 § 2 ad l. I. de vi publica 48, 6.

[2]) L. 4 § 1 D. ad l. I. de vi privata 48, 7.

[3]) L. 10 pr. D. ad l. I. de vi publica 48, 6.

[4]) L. 3 § 2 D. ad l. I. de vi privata 48, 7. Das Schlusswort negamus ist von Mommsen zugesetzt.

[5]) L. 5 pr. D. a. l. I. de vi publ. 48, 6, vgl. Mommsen S. 793. 798, der die Freiheitsberaubung als Iniurienfall nachgewiesen hat.

[6]) L. 3 § 6 D. ad l. I. de vi publ. 48, 6.

[7]) L. 8 D. ad l. I. de vi privata 48, 7.

[8]) L. 12 § 2 D. de accus. 48, 2 (Venuleius).

[9]) Mommsen S. 128 f., vgl. aber Wlassak, Prozessgesetze 1 S. 173 ff. 182, 2 S. 170. 366. Lenel, Palingenesia 2 S. 440, 3. 814, 4.

analoge Zusammenfassung auch bei der Civilklage von der Mehrzahl der Juristen verlangt wurde: si mihi plures iniurias feceris, puta turba et coctu facto domum alicuius introeas [et hoc facto efficiatur] [1]) et simul et [2]) convicium patiur et verberer: an possim separatim tecum experiri de singulis iniuriis, quaeritur [3]). Die verneinende Antwort der Doctrin hat dann in sinngemässer Anwendung auf das Criminalverfahren zu der Ausnahme von dem Verbot der Klagencumulation geführt.

Wenn wir nach alledem zu der Annahme berechtigt sind, dass die Gewaltgesetze, soweit sie sich auf Verletzung Einzelner beziehen, lediglich die Uebertragung von Iniurienfällen auf das Strafrecht bedeuten [4]), so erscheint in diesem Zusammenhange auch die Einordnung des Hausfriedensbruchs in das Generaledict — eine andere wird kaum möglich sein, wenn man mit Mommsen das Cornelische Gesetz als rein prozessual auffasst — vollkommen begreiflich. Auch hier liegt zunächst eine gewaltsame Besitzstörung und Verletzung des Dispositionsrechts vor; allein es erscheint bemerkenswerth, dass die römischen Juristen jenes Delikt doch nicht lediglich unter dem formalen Gesichtspunkt einer Verhinderung der Dispositionsbefugniss aufgefasst haben. Vielmehr lag die besondere Bedeutung des Hausfriedens, wie sie im Deutschen Mittelalter tief und schön ausgebildet ist, doch nicht völlig ausserhalb ihres Gesichtskreises. Dies zeigt vor Allem, worauf v. Liszt

---

[1]) Das störende Einschiebsel wäre am verständlichsten als Correctur Jemandes, der wie einzelne Bologneser Texte im Folgenden ut simul gelesen. Möglich aber auch, dass die Corruptel weiter reicht und der qualifizirte Hausfriedensbruch erst später in den Fall hineingetragen ist: wenigstens befremdet das alicuius, obwohl es nicht völlig unmöglich ist. — Characteristisch für den Zusammenhang zwischen dem Hausfriedensbruch als einer qualifizirten Besitzstörung und der Gewaltklage ist auch die Entscheidung von Paulus L. 21 § 7 D. de furtis 47, 2, zumal wenn man die spätere Abschwächung des Gewaltbegriffs in Betracht zieht.

[2]) Ego?

[3]) L. 7 § 5 D. h. t. 47, 10 (Ulpian).

[4]) Wie die γραφὴ ὕβρεως des attischen Rechts, die nach den Untersuchungen Hitzigs, Iniuria S. 34 ff. 72 ff., gleichfalls von dem Begriff der Vergewaltigung (Gewaltanwendung gegen die Person) ausgegangen zu sein scheint. Damit erhält denn auch die Vergleichung der Iniuria mit der ὕβρις bei Labeo und Paulus (Coll. 2, 5, 1) ihre eigentliche Bedeutung.

hinweist[1]), die Bemerkung von Gaius: plerique putaverunt, nullum de domo sua in ius vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque qui inde in ius vocaret, vim inferre videri[2]), wie denn auch in einem derartigen Falle die Iniurienklage ausdrücklich zugelassen wird[3]).

Dies ungefähr ist der Rahmen, innerhalb dessen wir das Verhältniss der Iniurienklage zum Gewaltinterdict zu erwägen im Stande sind. Beide spielen in dem Plaidoyer Ciceros für Caecina eine Rolle, und es verringert den Werth dieser Quelle nicht, dass man sie, weil der Redner im Interesse seines Clienten die Sach- und Rechtslage zu verschleiern bemüht ist, nur mit besonderer Vorsicht benutzen darf.

Zum Austrag eines Verfahrens über den Besitz des zwischen den Parteien streitigen Grundstücks hatten diese die Vornahme einer vis ex conventu verabredet. Diese Verabredung soll nun nach Cicero's Darstellung Caecina's Gegner Aebutius dadurch gebrochen haben, dass er das ganze Grundstück mit Bewaffneten besetzte, so dass Caecina den Versuch es zu betreten alsbald wieder aufgeben musste. Er erbat und erhielt das Interdict de vi armata, und in dem dadurch begrenzten Verfahren ist die uns erhaltene Rede vorgetragen worden. Sie bemüht sich zunächst nachzuweisen, dass die vorgekommene Gewalt eine vis atrox im Sinne des Interdicts gewesen sei[4]) und gelangt dann zu dem Einwand von Aebutius, er habe überhaupt keine Deiection verübt, sondern lediglich Caecinas Eindringen Widerstand geleistet[5]). Diesen Widerstand versucht der Redner nun iuristisch zu qualifiziren: hanc puto me habere actionem, ut per interdictum meum ius teneam atque iniuriam tuam persequar[6]). Er führt dann pathetisch aus, dass bei Ablehnung dieses Rechtsmittels sich ein Zustand partieller Recht- und Schutzlosigkeit dahin ergebe, ut si qui qui me exire domo mea coegissent armis, haberem actionem, si qui introire prohibuissent,

[1]) v. Liszt S. 386.
[2]) L. 18 D. de in ius vocando 2, 4.
[3]) L. 23 D. h. t.
[4]) Cicero pro Caecina 9, 23 ff.
[5]) A. a. O. 11, 31 ff.
[6]) A. a. O. 11, 32.

non haberem? . . . . quaero si te hodie domum tuam redeuntem coacti homines et armati non modo limine tectoque aedium tuarum sed primo aditu vestibuloque prohibuerint, quid acturus sis? Der Redner erwähnt dann die Zuständigkeit der a⁰ iniuriarum und erwidert auf den hieraus hergeleiteten Einwand: quid id ad causam possessionis, quid ad restituendum eum quem oportet restitui? . . . . non solum egeris (sc. iniuriarum), verum etiam condemnaris licet: numquid magis possidebis? actio enim iniuriarum non ius possessionis adsequitur sed dolorem imminutae libertatis iudicio poenaque mitigat[1]).

Um sich von der Sophistik des Redners nicht über die Sachlage hinwegtäuschen zu lassen, braucht man nur im Auge zu behalten, dass, wie aus der ursprünglichen Verabredung der vis ex conventu hervorgeht, beide Parteien sich iuristischen Besitz zuschrieben und, wie nach Aebutius' Vertheidigung anzunehmen sein wird, auch der Naturalbesitz Caecinas von Jenem bestritten wurde. Unter diesen Umständen klingt es wie eine directe Antwort auf Ciceros Plaidoyer, wenn wir bei Ulpian lesen: si quis de agro suo vel de domo processisset nemine suorum relicto, mox revertens prohibitus sit ingredi vel ipsum praedum vel si quis eum in medio itinere detinuerit et ipse possederit, vi deiectus videtur: ademisti enim ei possessionem, quam animo retinebat, etsi non corpore . . . . eum qui neque animo neque corpore possidebat, ingredientem et incipere possidere prohibeatur, non videri deiectum verius est: deicitur enim qui amittit possessionem non qui non accipitur[2]).

Nach Aebutius' Ansicht hatte Caecina den Naturalbesitz des streitigen Grundstücks bisher noch nicht erlangt: war sie zutreffend, so konnte von einem Interdictenschutz für ihn nicht die Rede sein. Danach ist denn auch die Grenzlinie zu beurtheilen, die Cicero zwischen dem possessorischen und dem Iniurienrecht zieht: seine Behauptung a⁰ iniuriarum non ius possessionis adsequitur sed dolorem imminutae libertatis iudicio poenaque mitigat ist nicht bloss buchstäblich richtig, sondern

---

[1]) A. a. O. 12, 34 f.

[2]) L. 1 §§ 24, 26 D. de vi 43, 16. Die bei Cicero (§ 37) folgenden Ausführungen werden durch L. 1 § 46 a. a. O. richtig gestellt.

wohl auch das Tiefste, was in dieser Kürze über das Iniurienrecht je gesagt worden ist. Nur dass das Besitzrecht, zumal wenn es sich um dessen gewaltsame Beeinträchtigung handelt, in näherer Beziehung zu dem Recht der Persönlichkeit steht oder doch stehen kann, als dies z. B. bei obligatorischen und selbst bei dinglichen Rechtsgebilden in der Regel der Fall sein wird. Dies auch der Grund, weshalb das Besitzrecht unmittelbar auf das der Persönlichkeit zu begründen versucht worden ist[1]). In dem von jedem speciellen Rechtstitel losgelösten Besitz wird zunächst der Wille des Besitzers, ein Ausfluss seiner Persönlichkeit und damit diese letztere selbst respectirt. Man kann nicht sagen, dass dieser Gesichtspunkt für die Gestaltung der Iniurienklage ausschliesslich entscheidend gewesen ist, denn die letztere schützt im gegebenen Falle den Eigenthümer ebenso wie den Besitzer, falls er in der seinem freien Willen entsprechenden Bethätigung gehindert wird und dies ebenso, wenn die Hinderung, wie in der Regel, durch Einwirkung auf seine Person, als wenn sie durch eine solche auf eine Sache geschieht, mag auch in dem letzteren Falle von einer Besitzstörung in dem formalen Sinne der Interdictentechnik nicht die Rede sein. Mit dieser Verschiedenheit der Ausgangspunkte geht in soweit auch die der Endziele parallel, als die Iniurienklage überall da nothwendig versagen muss, wo es sich um die Restitution eines nicht bloss gestörten sondern entzogenen Besitzes handelt, während umgekehrt, wenn die Störung der Beziehung auf den Besitz entbehrt, für das Interdictenrecht überall kein Raum bleibt. Zwischen diesen Extremen aber liegt eine neutrale Zone, und die bisherige Darstellung hat zu zeigen versucht, in wie weit in dieser das Römische Recht den Puchtaschen Gedanken von dem Persönlichkeitsrecht des Besitzes in der Ausgestaltung der Iniurienlehre verwirklicht hat.

Wir fanden bei dem Gemeingebrauch öffentlicher Gegenstände die Iniurienklage angewandt auf den Schutz des Gebrauchs öffentlicher Plätze wie des Meeres, während für Flüsse und Wege Specialinterdicte aufgestellt waren, im Gegensatz zu dem Interdict ne quid in loco publico gegen die Beeinträchtigung

[1]) Puchta, Institutionen 2 S. 61. 136 f.

dieses Gebrauchs durch Anlagen oder doch Einwirkungen auf den Boden. Das Fehlen der Anlagen oder des wenn auch weit gefassten Vermögensschadens grenzte die Iniurienklage gegen das Interdictum quod vi aut clam ab, während die dem Uti possidetis gesetzte Schranke neben dem iuristischen Besitz des Verletzten in der Beziehung der Verletzung auf den Besitz zu erblicken war, wenn auch die Gleichstellung des controversiam possessionis facere mit jedem prohiberi uti possessione jene Beschränkung und damit die Abgrenzung gegen die Iniurienklage in erheblichem Masse abschwächt. Die Lücke, die das Interdictum unde vi für das Iniurienrecht übrig liess, lag einerseits in dem Erforderniss wenigstens des Naturalbesitzes bei dem Deizirten, andererseits darin, dass der volle Besitzverlust Voraussetzung des Interdicts als eines restitutorischen war, so dass dieses fortfiel, wenn der persönlich Deizirte durch Dritte den Besitz retinirte oder wenn er in dem Besitz bloss gestört nicht aber dessen entsetzt war.

Es fragt sich nun, in wie weit es möglich ist, diesen Sachverhalt auf eine iuristische Formel zu reduziren.

Dass die Grenzlinie bei dem Gemeingebrauch öffentlicher Gegenstände durch Zufälligkeiten des positiven Rechts gezogen ist, unterliegt keinem Zweifel. Allein auch diese Anomalie verliert ihren Charakter angesichts der Thatsache, dass ein Besitz, auch ein Naturalbesitz, an öffentlichen Plätzen, Wegen etc. in den fraglichen Fällen überhaupt nicht möglich ist, weil die Ausschliesslichkeit der Verfügungsmacht, wie sie begrifflich auch für die Detention verlangt werden muss, bei dem Gemeingebrauch nothwendig fortfällt und lediglich durch ein persönliches Gebrauchsrecht ersetzt wird. Die Römer, die auf dem Marsfelde Ball spielten, hatten keine Detention an dem Spielplatz, der von dem übrigen Theil des Platzes wohl thatsächlich aber nicht rechtlich abgegrenzt war und deshalb in so weit überhaupt nicht Objekt eines gesonderten Rechtsverhältnisses sein konnte. Noch weniger kann natürlich von einer Detention der Wassermasse oder Welle die Rede sein, die ein Schiff trägt oder in der die Fischerei ausgeübt wird, oder der Strasse, auf der man geht oder fährt. Die Interdicte zum Schutz des Gemeingebrauchs sind daher nicht

Besitzklagen im Sinne des Civilrechts, sondern es ist bei ihnen lediglich die bereits vorhandene prozessuale Technik der Besitzinterdikte benutzt zum Schutz eines nicht sachenrechtlichen, sondern obligatorischen Rechtsverhältnisses: liegt eine concrete privatrechtliche Befugniss und damit ein Besitzverhältniss vor, so verweisen die Juristen auch sofort auf das Uti possidetis. In dieser Sphäre kann deshalb eine Abgrenzung des Gebrauchsschutzes gegen das Iniurienrecht überhaupt nicht in Frage kommen: die einschlägigen Rechtsmittel, deren gegenseitige Abgrenzung hier allerdings eine zufällige ist, bezwecken lediglich den Schutz der Bewegungsfreiheit auf dem Gemeineigenthum. Dieser Schutz fällt grundsätzlich der Iniurienklage zu: soweit practische Rücksichten dies empfehlen, sind von ihr, wie dies auf anderen Gebieten derselben Klage mannigfach geschehen ist, besondere Rechtsmittel und zwar in Interdictenform abgezweigt [1]).

Was nun die Grenze gegenüber dem wirklichen Besitzrecht betrifft, so tritt auch hier die Beziehung auf die Person des Verletzten, wie dies dem Iniuriensystem entspricht, wesentlich in den Vordergrund. Dies zeigt sich mit voller Deutlichkeit in den Fällen, die ihrer Natur nach jeden Vermögensschaden ausschliessen und sich der sei es erlaubten sei es unerlaubten negotiorum gestio annähern. Die persönliche Verletzung wird aber weiterhin auch dadurch als solche characterisirt, dass dem I. quod vi gegenüber das Fehlen einer Einwirkung auf den Boden zum Thatbestandsmoment erhoben ist, was lediglich als negative Formulirung für die Richtung des Angriffs auf die Person des Besitzers erscheint; wie denn die gleiche Richtung dem I. unde vi gegenüber darin zum Ausdruck kommt, dass die Retention des Besitzes durch dritte Personen für die Iniurienklage gleichgültig ist, sobald der Verletzte persönlich deizirt oder in dem Besitze gestört ist.

Dagegen fügen sich dieser Auffassung nicht ohne Weiteres die Fälle, in denen eine Einwirkung auf den Boden, wie die

[1]) Möglich natürlich auch, dass diese Abzweigungen erfolgten, bevor die Ausbildung des Iniurienrechts soweit vorgeschritten war, dass seine Anwendung auf diese Fälle sich ermöglichte und dass, nachdem dies geschehen war, weitere Abzweigungen unterblieben.

Verunreinigung von Wasser, das Hinunterwerfen und Giessen, die Iniurienklage neben dem I. quod vi sowie diejenigen, in denen wie bei der Belästigung durch Rauch eine Besitzstörung das I. uti possidetis neben unserer Klage zur Entstehung bringt, während überall da, wo die Störung der Beziehung auf den Besitz ermangelt — das moderne Schulbeispiel sind Thibauts nächtliche Spectaculanten — das Eintreten der Iniurienklage ebenso systemgemäss ist wie da, wo ein Besitz um deswillen nicht gestört sein kann, weil der Verletzte überkaupt keinen, nämlich nicht einmal Detention gehabt hat[1]).

Jene wenigen, wenn man will anomalen Fälle werden regelmässig so beschaffen sein, dass sie, was ja überhaupt bei der Besitzstörung nahe liegt, eine unmittelbare Beeinträchtigung oder Belästigung des Verletzten in sich schliessen: wer einen Heerd zum Qualmen bringt oder Wasser auf einen Balcon heruntergiesst, weiss auch, dass er seinen Nachbar damit in empfindlicher Weise belästigt, während das Verunreinigen des Trinkwassers unter Umständen geradezu Körperverletzung sein kann und regelmässig wenigstens Vorbereitung einer solchen sein wird.

3. Diese an dem Immobiliarrecht entwickelten Grundsätze finden sich auch bei dem Besitzesschutz von Mobilien bestätigt. Hier war die durch das I. utrubi in seiner ursprünglichen Gestalt — und nur um diese handelt es sich hier — gelassene Lücke, wenn auch practisch vielleicht nicht allzu erheblich[2]) so doch theoretisch ausserordentlich umfangreich. Die auf völlige Entziehung des iuristischen mehr als halbjährigen Besitzes — quominus is eum ducat — gestellte Formulirung liess nicht bloss den Detentor überhaupt sondern auch den Besitzer gegenüber jeder blossen Störung, die nicht in Entziehung ausartete, schutzlos. Dass hier das Iniurienrecht eingriff, entsprach dessen Grundprinzip um so mehr, als beim Besitzstreit um Mobilien regelmässig deren Entziehung in Frage stehen wird — der Gebrauch ist hier von der Detention kaum trennbar — und die blosse Störung im Besitz, von besonders gearteten Aus-

[1]) Die I. adipiscendae possessionis, deren Bedeutung auf einem ganz anderen Gebiet liegt, sind hier nicht weiter berücksichtigt worden.

[2]) Bruns, Besitzklagen S. 177 ff.

nahmefällen abgesehen, deshalb immer die Richtung gegen die Person des Verletzten schon in Ermangelung eines anderen practischen Zieles haben muss. Dem entspricht auch das Wenige was die Quellen in dieser Richtung enthalten.

Als Beispiel dafür, dass das I. de vi nur bei Deiection von Immobilien Platz greift, erwähnt Ulpian[1]: si quis de nave vi deiectus est, hoc interdicto locus non est, argumento eius qui de vehiculo detractus est, quem nemo dixit hoc interdicto uti posse. Dass es gegen diese Deiektionsfälle überhaupt keinen Rechtsschutz gegeben haben, und der Verletzte hier lediglich auf Selbsthilfe angewiesen sein sollte, wird man schwerlich annehmen können, und wir kommen somit aus inneren Gründen auf die Iniurienklage, wenn auch bezüglich der äusseren Beglaubigung dieser Anwendung Zweifel nicht ausgeschlossen sind. Bei Paulus lesen wir: De navi vi deiectus hoc interdicto — sc. de vi — experiri non potest; sed utilis ei actio de rebus recuperandis — also im Falle der Besitzentziehung — exemplo iudicii de vi bonorum raptorum datur. idemque de eo dicendum est, qui carruca aut equo deicitur: quibus non abductis iniuriarum actio datur[2]. Man wird, auch wenn die Schlussworte ein späteres Einschiebsel sind[3], zugeben dürfen, dass die getroffene Entscheidung im Sinne des römischen Iniurienrechts correct ist.

Das allgemeine Prinzip für die Iniurie als Besitzstörung aber spricht Ulpian aus, indem er die Klage nach der herrschenden Meinung — Pomponius et plerique — allgemein da zulassen will, qui in quo alio loco[4]) agere sedere conversari non patiatur aut si quis re mea uti me non permittat[5]), wobei die Schlussworte wohl unbedenklich in erster Linie auf die Störung des Mobiliarbesitzes zu beziehn sind: im anderen Falle würde der Jurist sich nicht bloss in Widerspruch mit den Immobiliarinterdicten setzen, sondern es ergäbe sich auch die auf-

[1]) L. 1 § 7 D. de vi 43, 16.

[2]) Paulus 5, 6, 5.

[3]) Pernice S. 30 f. weist darauf hin, dass das Stossen von der Mähre in den Deutschen Volksrechten sehr oft, in den römischen Quellen sonst nirgends vorkommt.

[4]) Vorher war vom Gemeingebrauch öffentlicher Sachen die Rede.

[5]) L. 13 § 7 D. h. t.

fällige Erscheinung, dass in dem ganzen Titel die Iniurie bei Gelegenheit des Immobiliarbesitzes wiederholt [1]), bei Gelegenheit des Mobiliarbesitzes aber gar nicht [2]) erörtert wäre.

Als eine Consequenz dieses bei Ulpian aufgestellten Prinzips wird man auch die Entscheidung Julians hinzunehmen haben, der bezüglich des Kaufs einer Weinernte „auf dem Halm" bemerkt: si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit: si ea pecunia qua de agitur non pro ea re petitur quae venit neque tradita est. ceterum post traditionem sive lectam uvam calcare sive mustum evehere prohibeatur, ad exhibendum vel iniuriarum agere poterit quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur [3]). In dem ersten der beiden Fälle liegt die Schwierigkeit offenbar darin, dass das Object noch keine selbständige Existenz als bewegliche Sache hat, sondern solo cohaeret. Deshalb versagt die a° ad exhibendum, während den possessorischen Interdicten der fehlende Besitz des Käufers entgegensteht: es hilft ihm deshalb auch nichts, dass sonst die blosse Nichtübergabe durch den hiezu Verpflichteten als Deiection bezeichnet wird [4]).

In dem zweiten Fall hat die Trennung und Uebergabe stattgefunden, so dass der Grundeigenthümer für den Erwerber den Besitz an der Ernte ausübt. Auf Grund welchen Rechtsverhältnisses ist nicht gesagt, doch muss er, vielleicht schon nach dem Kaufvertrage, verpflichtet gewesen sein, dem Erwerber das Keltern auf seinem Boden zu gestatten, da der Jurist dies offenbar voraussetzt. Von da an aber beginnen die Schwierigkeiten. Mit der Exhibitionsklage kann der Erwerber sein Recht die Kelterung auf dem fremden Boden vorzunehmen, unmöglich durchfechten wollen, während die Schlussworte Julians am natürlichsten wohl auf diese Klage zurückweisen. Möglich, dass die Compilatoren die Kelterung und vielleicht auch die Iniurienklage in den Fall erst hineingetragen haben und die Stelle ursprünglich nur von der verhinderten Fortschaffung des

[1]) L. 13 § 7 L. 14 L. 44 D. h. t.
[2]) Die früher besprochene L. 24 h. t. gehört in einen andern Zusammenhang.
[3]) L. 25 D. de act. e. v. 19, 1.
[4]) L. 12 D. de vi 43, 16.

Mostes als einem Exhibitionsfall sprach[1]). Ueber die gerichtliche Hinderung des Verkaufs von Erbschaftssachen durch den Gläubiger[2]) ist bereits gesprochen worden[3]). Die Besonderheiten des Falles liegen einerseits in der persönlich kränkenden Natur jener Massregel, andrerseits darin, dass die Verfügungsbeschränkung hier durch missbräuchliche Erwirkung einer richterlichen Massnahme zu Wege gebracht wird.

§ 6.

Der animus iniuriandi und die contumelia.

Die sprachliche Abgrenzung des Civildelikts Iniuria gegen die offenliegende etymologische Bedeutung des Wortes als Rechtswidrigkeit schlechthin sowie gegen dessen technische Verwendung innerhalb des Aquilischen Rechts hat den römischen Juristen, die der linguistischen Bedeutung ihrer Kunstworte selten ganz unbefangen gegenüberstanden, nicht geringe Schwierigkeiten bereitet: wenn sie zu deren Ueberwindung mehrfach an dem Wort contumelia exemplifizirten, so wird man die Tragweite dieser allgemein gehaltenen Formulirungsversuche nicht überschätzen dürfen.

Als Aquilische Iniuria bezeichnet Ulpian non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quaudam sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit: bei der Concurrenz beider Klagen duae erunt aestimationes, alia damni alia contumeliae[4]). Mit nahezu denselben Worten begründet Ulpian dieselbe Unterscheidung noch zweimal, darunter einmal unter Berufung auf Labeo[5]). Was Ulpian und anscheinend auch seine Vorgänger an der Gegenüberstellung damnum und iniuria verhinderte, war offenbar die Thatsache,

---

[1]) In dem analogen Fall L. 16 § 1 D. de pr. v. 19, 5 wird die a° iniuriarum von Pomponius nicht erwähnt, vgl. unten § 8.

[2]) L. 24 D. h. t.

[3]) Oben § 4.

[4]) L. 5 § 1 a. l. A. 9, 2.

[5]) L. 15 § 4 f. h. t. Coll. 7, 3, 4.

dass der letztere Ausdruck auch bei der Aquilia vorkam und mit seiner Benutzung eine präcise Darstellung des Gegensatzes nicht erreichbar erschien. Wie Ulpian mit einem derartigen Versuch an einer Verwechslung der beiden Bedeutungen von Iniuria gescheitert ist, zeigt, wenn der Text correct ist, seine Motivirung, die Verletzung beim Ringkampf erzeuge keine Aquilische Klage, quia gloriae causa et virtutis non iniuriae gratia videtur damnum datum[1]). So wurde also die contumelia in den Vordergrund geschoben, wenn der reipersekutorischen Function anderer Rechtsmittel die pönale Natur der Iniurienklage gegenübergestellt werden sollte: das darin enthaltene Moment der Kränkung war es, das die Klage auf Genugthuung kennzeichnete. So ergab sich die tralatizische[1]) Erklärung, die Iniuria bezeichne generaliter omne quod non iure fit, dagegen specialiter — abgesehen von der Unbilligkeit z. B. bei dem unbillig oder ungerecht gefällten Richterspruch und dem Aquilischen Delikt als verschuldeter Schadenszufügung — die contumelia, die Paulus mit ὕβρις gleichstellt[2]). Wenn er dann hinzufügt: unde apparet, non esse verum, quod Labeo putabat, apud praetorem iniuriam ὕβριν duntaxat significare . . . . hoc edictum ad eam iniuriam pertinet, quae contumeliae causa fit, so ist diese Polemik allerdings so unglücklich wie nur möglich[3]). Dass aber die römischen Juristen keinen Augenblick daran gedacht haben, den Gedanken, der edictalen Iniurienklage liege ausschliesslich oder auch nur im Wesentlichen die contumelia zu Grunde, ernsthaft durchzuführen, zeigt ihre eigene Casuistik. Und so wenig der Sprachgebrauch und die Auffassung der Philosophen für die iuristische Behandlung entscheidend ist, so ist es immerhin von Interesse zu sehn, wie Seneca die contumelia als das leichtere, qua non laeduntur homines sed offenduntur z. B. durch nomina parum grata auribus et digitorum motus der iniuria entgegenstellt[4]): eine Gegenüberstellung, die auch Paulus und zwar gerade aus

[1]) L. 1 pr. D. h. t. pr. I. de iniuriis 4, 4. Coll. 2, 5, 1 (Paulus). Gemeint ist offenbar auch hier das Fehlen der obiectiven Rechtswidrigkeit. Vgl. unten S. 85 ff.

[2]) Coll. 2, 5, 1 ff. Darüber oben S. 46 Anm. 1.

[3]) Pernice S. 27.

[4]) Seneca ad Serenum Dial. 2, 5, 1.

Anlass des Iniurienrechts verwendet: servus qui iniuriam aut contumeliam fecerit[1]). Als Beispiel der iniuria erwähnt Seneca einmal Verstümmelung, als solches der contumelia si obscoenorum vocibus improbis per forum agetur[2]). Innerhalb des letzteren unterscheidet er dann Fälle leichterer Art, die er als gesetzlich straflos[3]) ansieht: ille me hodie non admisit, cum alios admitteret. sermonem meum aut superbe aversatus est aut palam risit. et non in medio me lecto sed in imo collocavit[4]), während er bei anderen schweren Fällen die Straflosigkeit aus der fehlenden Zurechenbarkeit herleitet: pueri os parentum feriunt et crines matris turbavit laceravitque infans et sputo adspersit aut nudavit in conspectu suorum tegenda et verbis obscoenioribus non pepercit[5]).

Auf alles das würde kein Werth zu legen sein, wenn es nicht mit der iuristischen Auffassung sich in wesentlichen Punkten deckte. Senecas Unterscheidung der straflosen und der an sich strafbaren Contumelia scheint mir eine klassische Illustration durch die vielbesprochene Entscheidung Labeos zu finden: si quis de honoribus [decernendis][6]) alicuius passus non sit decerni . . . . an iniuriarum teneatur? et ait Labeo non teneri, [quamvis hoc contumeliae causa faciet][7]). etenim multum interest, inquit, contumeliae causa quid fiat an vero fieri quid in honorum alicuius quis non patiatur[8]). Contumeliae causa wird hier zur Kennzeichnung des Delictsthatbestandes ebenso gebraucht, wie bei der wiederholten Erörterung der Sklavenverletzung, die als Iniurie des Herrn erscheint, quotiens in meam

---

[1]) Paulus 5, 4, 22.

[2]) Seneca a. a. O. 2, 15, 1.

[3]) Quam leges quoque nulla dignam vindicta putaverunt.

[4]) Seneca 2, 10, 1. An einer anderen Stelle wird in gleicher Weise der Scherz über körperliche Mängel erwähnt (2, 16, 4): coram uno . . . ridemus, coram pluribus indignamur.

[5]) Seneca 2, 11, 2.

[6]) So Mommsen; vgl. Lenel Paling. ad h. l.

[7]) Die eingeklammerten Worte werden als Interlinearglosse zu streichen sein. Sie widersprechen direct der Motivirung Labeos und machen sie dadurch unverständlich. Dies Einschiebsel ist wohl auch der Grund, weshalb an der Stelle so oft Anstoss genommen ist.

[8]) L. 13 § 4 D. h. t.

contumeliam iniuria ei facta est[1]). Wie das gemeint ist, erläutert Ulpian, indem er die Klage ausschliesst — iniuria non redundat ad dominum —, wenn der Thäter den Herrn nicht gekannt hat, non caesurus eum si menm scivisset[2]) und Paulus in dem analogen Fall der Verführung Gewaltuntergebener: ego iniuriam videor accipere . . . . quotiens ille qui suadet animum iniuriae faciendae habet. atquin potest malum consilium dare et qui dominum ignoret: et ideo incipit servi corrupti actio necessaria esse[3]). Man sieht, wie hier das contumeliae causa facere mit dem animus iniuriae faciendae gleichgestellt und der letztere bereits in dem blossen Wissen um die das Delikt enthaltenden Thatbestandsmomente gefunden wird. Wenn schon dies die geringe Tragweite des Contumeliabegriffs für die Iniurienlehre kennzeichnet, so wird die gleiche Auffassung durch die sonstige Behandlung des animus iniuriandi in den Quellen lediglich bestätigt. Dieser in dem gemeinen Strafrecht späterhin so wichtig gewordene animus iniuriandi ist nichts anderes als der gewöhnliche Deliktsdolus[4]), beruhend auf der Thatsache, dass die Iniuria ein nicht culpos sondern nur vorsätzlich begehbares Delikt ist. Ob man innerhalb des Verbrechensvorsatzes ein grösseres oder geringeres Mass von Auflehnung gegen das Recht und Trotz gegen den Verletzten iuristisch unterscheiden kann, mag dahingestellt bleiben: einen solchen gesteigerten Dolus für das Iniurienrecht anzunehmen, bieten die Quellen jedenfalls keinen Anhalt[5]). Wo die römischen Quellen von dem animus iniuriae faciendae sprechen oder gleichbedeutende Wendungen brauchen, geschieht dies, um den Deliktsthatbestand entweder gegen den anderer Delikte oder gegen rechtlich neutrale Handlungen abzugrenzen: bei der unvollkommenen Durcharbeitung der Lehre vom Vorsatz im Römischen Straf- und Deliktsobligationenrecht wird in den Quellen Vorsatz und Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gleichgesetzt und der Ausschluss der Rechtswidrigkeit in

[1]) L. 15 § 48 D. h. t.
[2]) L. 15 § 45 D. h. t.
[3]) L. 26 D. h. t.
[4]) Pernice S. 134 ff.
[5]) Ueber v. Ihering a. a. O. S. 266 ff. vgl. Pernice S. 21 f., 27 f. Landsberg a. a. O. S. 23 ff.

der Form zum Ausdruck gebracht, dass die Strafbarkeit in Ermangelung des Deliktsdolus ausgeschlossen wird[1]).

1. Bei der Ueberschreitung des Züchtigungsrechts gegenüber einem Lehrling wird die Klage aus dem Lehrvertrage und eventuell die Aquilische zugelassen, die Iniurienklage abgelehnt, quia non iniuriae faciendae causa hoc fecerit sed praecipiendi causa[2]). Bei der Verführung eines Gewaltuntergebenen durch schlechte Rathschläge wird dieser selbe animus iniuriae faciendae, wie aus dem Gegensatz zur a° de servo corrupto erhellt, schon in dem blossen Wissen um die Person des Herrn gefunden[3]): die Unkenntniss führt zur Ausschliessung der Klage, während bei der bereits besprochenen Sklavenverletzung allerdings noch hinzukommen muss, dass die Handlung bei Kenntniss des Herrn unterblieben wäre. In analoger Weise wird die Zerstörung des Testaments in Beschädigungs- bezw. in diebischer Absicht von der blossen Publication abgegrenzt, je nachdem der Thäter den animus damni dandi bezw. furti faciendi hatte oder lediglich iniuriae faciendae causa handelte[4]). Man sieht, dass hier durch die Charakteristik des Deliktsvorsatzes in Wirklichkeit die verschiedenen Deliktsthatbestände zum Ausdruck gebracht werden sollen und werden[5]), ein Hilfsmittel, dessen sich unsere heutigen Legaldefinitionen nur in Ausnahmsfällen wie z. B. beim Diebstahl bedienen.

2. Bei den Spezialedicten ist der Verbrechensvorsatz in der durch die Sachlage gebotenen Modification generell in den Edictsworten zum Ausdruck gebracht[6]). So bei dem convicium wie bei der appellatio und adsectatio durch den Zusatz adversus bonos mores. Ulpian erläutert ihn in dem ersten Falle dahin, nicht jede Verlautbarung sei gemeint sed eam quae bonis moribus

---

[1]) v. Liszt, S. 120 f.

[2]) L. 13 § 4 l. c. 19, 2.

[3]) L. 26 D. h. t.

[4]) L. 41 D. a. l. A. 9, 2.

[5]) Vgl. Binding, Normen 2 S. 459 ff.

[6]) In dem Generaledikt stand wohl nur dolo malo (Lenel). In der allgemeinen Erläuterung Ulpians L. 3 h. t. ist wie der Zusammenhang zeigt (z. B. der Anschluss von § 3 mit quare) Vorsatz und Bewusstsein der Rechtswidrigkeit durcheinander geworfen.

improbatur quaeque ad infamiam vel invidiam alicuius spectaret [1]), in dem zweiten, das Handeln contra bonos mores sei ausgeschlossen, si quis colludendi si quis officii honeste faciendi gratia id fecit [2]). In gleicher Weise ist bei dem Infamationsedict auf ne quid infamandi causa abgestellt und Ulpian erklärt dies dahin: quodcunque quis fecerit vel dixerit ut alium infamet [3]). Alles dieses sind lediglich specialisirte Anwendungsfälle des animus iniuriandi.

Bei seiner Betonung innerhalb der römischen Casuistik ist von dem bereits erwähnten Gesichtspunkt auszugehen, dass die römischen Juristen das Fehlen der Rechtswidrigkeit als Fehlen des Deliktsvorsatzes bezeichnen, theils positiv indem sie die Klage zulassen, wenn ein gewisser Thatbestand iniuriae faciendae causa erfüllt ist, theils negativ indem sie sie verweigern, sobald dieses Erforderniss entfällt. Dieses letztere bildet bei dem Vorliegen des objektiven Delictsthatbestandes naturgemäss die Ausnahme: auch im Römischen Recht bedeutet die Lehre von der Rechtswidrigkeit des Verbrechens die Darstellung derjenigen Gründe, welche ausnahmsweise den Wegfall der Rechtswidrigkeit bewirken [4]).

3. Den breitesten Raum nehmen hier wie natürlich die Fälle ein, in denen die Abgrenzung gegen die Wahrnehmung berechtigter Interessen in Frage steht.

Anlässlich des Freiheitsprozesses wird dies positiv und zwar dahin ausgedrückt, die Iniurienklage werde gegeben, ausser wenn der Kläger den Prozess führt, um sich gegen eine drohende Eviction zu sichern [5]); im Falle der Untersuchung einer angeblich Schwangeren zugleich positiv und negativ, eine klagbare Iniurie liege vor, si iniuriae faciendae causa id maritus desideret; ceterum si non iniuriae faciendae animo, sed quia iuste credidit vel nimio voto liberorum suscipiendorum ductus est vel ipsa eum illexerat ut crederet, quod constante matrimonio hoc fingebat, aequissimum erit ignosci marito [6]). Die regelmässige

[1]) L. 15 § 5 D. h. t.
[2]) L. 15 § 23 h. t.
[3]) L. 15 § 27 h. t.
[4]) v. Liszt S. 119.
[5]) L. 12 D. h. t. L. 26 D. de lib. causa 40, 12.
[6]) L. 1 § 8 D. de i. v. 25, 4.

Formulirung aber ist die, dass in den Thatbestand der animus iniuriandi aufgenommen wird, wobei dann zu ergänzen ist, dass bei seinem Fehlen regelmässig die Wahrnehmung berechtigter Interessen vorliegt. So begründet die Mahnung vor Gericht die Iniurienklage, wenn sie per iniuriam vexandi causa geschieht [1]), so die Selbsthilfe, wenn Vermögensobjecte per iniuriam beschlagnahmt [2]) oder das Haus des abwesenden Schuldners iniuriae faciendae causa mit Pfändungszeichen versehen ist [3]), so die Inanspruchnahme des Bürgen in iniuriam des Schuldners, der zahlen will und kann [4]), die Behandlung des Nichtschuldners als Schuldner infamandi bezw. iniuriae faciendae causa [5]), die Immission von Rauch oder anderen Gegenständen in gleicher Weise [6]), die vorzeitige Testamentspublication, falls sie nicht im Interesse des Testators selbst geschieht [7]).

4. Desgleichen entfällt die Rechtswidrigkeit oder nach römischer Terminologie der Deliktsdolus bei Erfüllung einer Amtspflicht, weil hier der Thäter nicht iniuriae faciendae causa [8]), non ea mente ut iniuriam faciat [9]) handelt, sowie bei Ausübung eines Zuchtrechts, weil die Schläge emendationis non iniuriae gratia videntur adhiberi [10]), während der Ausschluss culposer oder im Scherz begangener Handlungen auf die Natur des Delikts als eines vorsätzlichen [11]), die theilweise Straflosigkeit bei Einwilligung des Verletzten auf an anderer Stelle zu erörternden Gesichtspunkten beruht.

5. Was den specifischen Inhalt des iniuriösen Deliktsdolus betrifft, so soll nur noch mit wenigen Worten die Consequenz der

[1]) L. 13 § 3 D. h. t.
[2]) L. 15 § 31 h. t.
[3]) L. 20 D. h. t.
[4]) L. 19 D. h. t.
[5]) L. 15 § 32 f. h. t.
[6]) L. 44 D. h. t.
[7]) L. 41 D. a. l. A. 9, 2, vgl. S. 59 f.
[8]) L. 13 § 1 D. h. t.
[9]) L. 33 D. h. t.
[10]) L. 16 § 2 D. de poenis 48, 19. Hierher wird auch die ausnahmsweise Zulassung des Tödtungsrechts als Aufhebung der Rechtswidrigkeit gehören. Mommsen S. 797 ff.
[11]) L. 3 § 3 D. h. t.

bisherigen Darstellung gezogen werden, die sich absichtlich möglichst eng an den Wortlaut der Quellen angeschlossen hat. Ihre Casuistik zeigt, dass ein Vorsatz der Kränkung regelmässig nur innerhalb der Fälle auch nur in Frage stehen kann, die von dem Generaledikt losgelöst wurden und ihre selbständige Ausgestaltung in den Specialedikten und z. Th. auch in der Cornelisch-Julischen Gesetzgebung gefunden haben. Bei der Belästigung durch Convicium, durch Wegführung des Begleiters, beim Verführungsversuch und der Infamatio ist ein Kränkungsvorsatz gegenüber dem Verletzten möglich. Dass er aber selbst in diesen Fällen nicht zum Thatbestandsmerkmal des Delikts gemacht worden ist, zeigt die früher erörterte Entscheidung, wonach die Klage selbst dann gegeben wird, wenn Jemand die als Dirne gekleidete, anständige Frau auf der Strasse anspricht [1]. Die Juristen stellen hier wie sonst Alles auf den objectiven Erfolg ab, dass aus dem impudicus ein pudicus, aus dem Unbescholtenen ein infamis wird. — Der Kränkungsvorsatz, wo er vorliegt, ist kein nothwendiger Bestandtheil des Delikts, so wenig wie zur Vollendung des Letzteren der Erfolg der Kränkung nothwendig ist; auch Geisteskranke und Unmündige können iniuriirt werden [2]. Auch bei der Körperverletzung, soweit sie nicht Realiniurie im Sinne der heutigen Terminologie ist, wird von einer Kränkung und einem darauf gerichteten Vorsatz so wenig die Rede sein können [3] wie bei demjenigen Hausfriedensbruch, der mit einem Diebstahlsversuch ideal concurrirt [4]. Das Nämliche gilt in erhöhtem Masse von dem übrig bleibenden Inhalt des Generaledikts. Die Hinderung im Gemeingebrauch, in der Disposition über Vermögensobjecte, in der Freiheit der Bewegung und Bethätigung, die grosse und wichtige Classe der Rechtsverletzungen, in denen es sich um Grenzfälle gegenüber der Besitzstörung handelt, erfordern offensichtlich nichts anderes als die objective Thatsache der vorsätzlichen Verletzung.

Auch diese Wahrnehmung führt dazu, die Rolle, welche die

---

[1] L. 15 § 15 D. h. t.
[2] L. 3 § 1 f. D. h. t.
[3] Cic. de invent. 2, 20, 59 (Verletzung bei einem Ueberfall). Pernice S. 30.
[4] L. 21 § 7 D. de furtis 47, 2.

Contumelia in dem Iniurienrecht spielt, auf das richtige Mass herabzusetzen[1]).

§ 7.

Das Sullanische Maiestätsgesetz.

Die Verletzung durch Schmähschriften spielt trotz deren Erwähnung in der Ueberschrift des einschlägigen Digestentitels in unserer Casuistik des Infamationsedikts, zu dem sie begrifflich zweifellos gehört, keine wesentliche Rolle. Auch die nichtiuristische Litteratur beschäftigt sich mit den einschlägigen Fällen regelmässig nur dann, wenn diese dem Maiestätsbegriff unterstellt werden. Dies ist in systematischer Weise schon in der frühesten Kaiserzeit geschehen, die Anfänge der Prozedur aber lassen sich beträchtlich weiter zurückverfolgen.

In L 5 des Iniurientitels der Digesten behandelt Ulpian zunächst Realiniurie, Körperverletzung und Hausfriedensbruch im Anschluss an die prozessualen[2]) Neuerungen, die Sulla über diese Deliktsthatbestände getroffen hatte. Im unmittelbaren Anschluss daran fährt er dann fort: „si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit composuerit ediderit dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret etiamsi alterius nomine ediderit vel sine nomine uti de ea re agere liceret“ et si condemnatus sit qui id fecit, intestabilis ex lege esse iubetur[3]). Es folgt dann die Erwähnung eines Senatsbeschlusses, der die gleiche Strafe festsetzt für den qui ἐπίγραμμα aliudve quid sine nominis[4]) scriptura in notam aliquorum produxerit — eine Massnahme, die nach Paulus[5])

[1]) Vgl. Mommsen S. 788: „Die Beschränkung der römischen iniuria auf die Ehrenkränkung ist so wenig richtig, dass weder die durchsichtige Benennung des Delikts noch dessen wichtigste und ursprünglichste Anwendungen auf diese passen und die Erstreckung der Iniurienklage auf sie wahrscheinlich erst im Laufe der Rechtsentwicklung stattgefunden hat“.

[2]) Mommsen S. 785 Anm. 2. Dafür spricht die Gegenüberstellung von Paulus 5, 4, 6 f. mixto iure actio iniuriarum ex lege Cornelia constituitur gegenüber dem Gesetz und dem Gewohnheitsrecht.

[3]) L. 5 § 9 D. h. t.

[4]) So Mommsen.

[5]) L. 6 D. h. t.

den Beweisschwierigkeiten in dem Falle dass der Verletzte nicht namentlich benannt ist abzuhelfen bestimmt war. Dem Delator wird eine Prämie pro modo substantiae accusatae personae zugesichert und dies mit dem dabei vorliegenden Staatsinteresse motivirt[1].

Dass die zuerst hervorgehobenen Worte eine geschriebene Rechtsquelle wörtlich wiedergeben, wird keinem Zweifel unterliegen. Nach dem Zusammenhang der Stelle, die den Einfluss der Sullanischen Reformen auf das Iniuriensystem darstellen will, liegt die Annahme nahe, dass es sich auch hier um ein Cornelisches Gesetz handelt, zumal der unmittelbar darauf erwähnte Senatsschluss, der sich als eine Ergänzung dieses Gesetzes darstellt, eben deshalb ausgeschlossen ist. Wir sind aber auf so allgemeine Kriterien nicht angewiesen. Dass es sich um ein Maiestätsgesetz handeln muss, zeigt nicht bloss der Inhalt neben der prozessualen Behandlung, sondern auch der Zusammenhang mit der Kaiserlichen Gesetzgebung und Praxis. Die letztere wird alsbald zu erörtern sein: an dieser Stelle möchte nur hervorgehoben werden, dass Tacitus[2]) es mit dürren Worten ausspricht, Augustus habe zuerst die Untersuchung de famosis libellis sperie legis eius, nämlich de maiestate, in Gang gebracht, commotus Cassii Severi libidine, qua viros feminasque illustres — also nicht den Kaiser selbst — procacibus scriptis diffamaverat. Fragt man, an welches Gesetz er dabei anknüpfte, so ist die Auswahl nicht eben gross. Das Saturninische Gesetz blieb überhaupt nicht in Kraft[3]; das Julische, über dessen Thatbestände wir aus den Digesten und der sonstigen Ueberlieferung relativ ausführlich unterrichtet sind, bietet in den erhaltenen Bestimmungen[4]) keine Handhabe zur Anknüpfung der Libellklage, und es ist nicht wahrscheinlich, dass zumal die iuristischen Quellen in dem einschlägigen Digestentitel eine solche verschwiegen hätten, während sie das Cornelische Gesetz nicht bloss mittheilen sondern auch commentiren.

---

[1]) L. 5 § 11 D. h. t.

[2]) Tacitus ab exc. D. A. 1, 72.

[3]) Mommsen S. 198. 541.

[4]) Dig. 48, 4.

Zu demselben Resultat führt auch, was über die älteste praktische Anwendung des genannten Gesetzes überliefert ist. Cicero's Schwiegervater Appius Claudius Pulcher war auf Grund des Maiestätsgesetzes angeklagt und freigesprochen. Cicero gratulirt ihm mit den Worten: alteram (sc. maiestatem) auxisti; verum tamen est maiestas, etsi Sulla voluit ne in quemvis impune declamari liceret d. h.: Du hast die Grösse Roms erhöht; denn das ist die Maiestas, obwohl Sulla mit seinem Maiestätsgesetz die Tendenz verfolgte, den (politischen) Angriff auf einzelne Persönlichkeiten zu verhindern[1]).

An dieses Gesetz also haben die Pressverfolgungen durch Augustus zunächst angeknüpft. Der Kaiser vermied es offenbar absichtlich, zu deren Gegenstand die gegen ihn selbst gerichteten Schmähschriften zu machen. Er hielt sich in völlig legaler Weise an den Wortlaut des Gesetzes, das ganz allgemein vom libri ad infamiam alicuius pertinentes sprach und schärfte zunächst lediglich dessen Anwendung und zwar nur in beschränktem Masse ein: sparsos de se in curia famosos libellos nec expavit et magna cura redarguit ac ne requisitis quidem autoribus id modo censuit, cognoscendum posthac de iis, qui libellos aut carmina ad infamiam cuiuspiam sub alieno nomine edant[2]). Auch Tacitus spricht an der bereits erwähnten Stelle

---

[1]) Cic. ad fam. 3, 11. Man hat in den Worten Cicero's keinen Sinn finden können und deshalb schon Lambin vorgeschlagen: ut Sulla voluit ut in quemvis etc. Diese Correktur ist mit geringen Aenderungen allseitig angenommen worden. Man lässt damit Cicero sagen: der Maiestätsbegriff nach Sulla's Tendenz besteht im Grunde darin, dass man gegen Jedermann ungestraft vorgehen kann d. h. Sulla's Maiestätsbegriff ist so weit gefasst, dass er die Handhabe bietet gegen Jedermann mit einer Maiestätsklage einzuschreiten. Eine derartige Bemerkung, falls sie der überlieferte Text enthielte, würde nicht zu beanstanden sein. Die gewaltsamen Aenderungen aber, welche diese Deutung erst ermöglichen, wird man sicherlich erst dann für statthaft halten, wenn die Ueberlieferung ohne sie keinen brauchbaren Sinn giebt. Bedenkt man, dass Cicero an Jemanden schreibt, der das fragliche Gesetz genau, wie er selber, kannte und dass man in Briefen sich in solchen Fällen mit Anspielungen begnügt und auch diese nur mit einer gewissen Nonchalance hinwirft, so wird man die hier versuchte Erklärung für einfacher halten als die gewaltsamen Aenderungen Lambins. — Die sonstigen Bestimmungen des Cornelischen Maiestätsgesetzes kommen hier nicht in Betracht.

[2]) Sueton Aug. 55. Die Geldstrafe gegen Iunius Novatus, der unter

von seinem Einschreiten commotus Cassii Severi libidine, qua viros feminasque illustres procacibus scriptis diffamaverat [1]). Die Strafe des Severus war die Verbannung, und auch dies entsprach dem Sullanischen Gesetz. Erst in den zahllosen unter Tiberius geführten Maiestätsprozessen hat das Klagfundament die Kränkung des Kaisers selbst oder seiner Verwandten gebildet, und es ist die Strafe durch Aufenthalts-Beschränkungen bezw. -Anweisungen, demnächst auch extra ordinem, geschärft worden [2]).

Wenn schon das Cornelische Gesetz die Intestabilität an die Libellklage anknüpfte, so war das voraussichtlich als Verschärfung der sonst als Nebenstrafe der Iniuria eintretenden Infamie gedacht [3]), ergab sich aber in der Kaiserzeit schon aus dem mit der Deportation verbundenen Verlust des Bürgerrechts [4]). Die Deportation, die als regelmässige Strafe der wörtlichen Maiestätsbeleidigung bei Tacitus erscheint, wird dann ausdrücklich von Paulus als Strafe der carmina famosa in iniuriam alicuius composita ex auctoritate amplissimi ordinis bezeichnet [5]).

Die metrische Form der Schmähschrift, die an sich offenbar auch in dem allgemeinen Begriff libellus famosus inbegriffen war, wird in unser Ueberlieferung zuerst in dem bereits erwähnten Senatsschluss qui ἐπίγραμμα aliudve quid sine scrip-

---

dem Namen des Agrippa eine Schmähschrift über Aug. verbreitet hatte (a. a. O. c. 51), scheint extra ordinem verhängt zu sein.

[1]) Tac. 1. 72. Seine Andeutung, Aug. habe das Maiestätsgesetz zu diesem Vorgehen und zwar zuerst missbraucht (primus specie legis eius), erscheint nach dem Gesagten in beiden Theilen unhaltbar. Der Kaiser ist ebenso correct wie loyal verfahren. Auch Dio 56, 27 spricht nur von Schriften, die ἐφ' ὕβρει τινῶν verfasst waren und zur Bestrafung ihrer Urheber führten (12 n. Chr.).

[2]) Tac. 3, 38, 50. 4, 42. 6, 18 u. öfter.

[3]) Daraus erklärt sich, dass Ulpian (L. 5 § 9 h. t. und L. 18 § 1 D. qui testamenta 28, 1) und Arcadius (L. 11 pr. D. de test. 22, 5) nur die Intestabilität erwähnen. Sie betrachten das Gesetz bezw. den Senatsschluss in so weit lediglich unter dem Gesichtspunkt, dass die öffentliche Klage nicht erhoben wurde. In diesem, offenbar dem gewöhnlichen Falle blieb eben die ästimatorische Iniurienklage übrig, und darauf beruht insbesondere an der ersteren Stelle die Einreihung der ganzen Erörterung in den Titel 47, 10.

[4]) Mommsen S. 979.

[5]) Paulus 5, 4, 15.

tura nominis in notam aliquorum produxit[1]) hervorgehoben und diese Hervorhebung von Paulus mit den Beweisschwierigkeiten denjenigen Pasquillen gegenüber motivirt, die den Namen des Verletzten nicht enthielten und deshalb die Activlegitimation im Civilprozess zweifelhaft erscheinen liessen[2]): die Betonung der poetischen Form beruhte offenbar nur auf der mehr zufälligen Thatsache, dass das Epigramm und ähnliche Kunstformen für diese passiv anonyme Art der Iniuriirung zugleich besonders geeignet und üblich waren. Die gleiche Ratio wird auch zur qualifizirten Behandlung der anonymen und pseudonymen Schmähschriften geführt haben, die schon Augustus gleichfalls dem Maiestätsgesetz unterstellt hat: censuit cognoscendum . . . de iis qui libellos aut carmina ad infamiam cuiuspiam sub alieno nomine edant[3]). Die praktische Gefährlichkeit dieser Delikte beruhte nicht zum wenigsten darauf, dass sie den Delatoren in die Hände arbeiteten und, oft dazu bestimmt den Kaisern direct in die Hände gespielt zu werden, als ein Versuch erscheinen konnten, behufs Vernichtung hochgestellter Personen das kaiserliche Urtheil irre zu leiten.

Die übrigen Fälle der Maiestätsbeleidigung sind in älterer Zeit wohl regelmässig dem Julischen Gesetz unterstellt worden.

Aus ihrer überaus umfassenden Zahl — complementum omnium accusationum nennt Tacitus die Maiestätsklage — interessirt hier nur das gegen den Kaiser gerichtete Zauberdelikt. Als solches wird grundsätzlich jede Ermittelung übernatürlicher Dinge in Bezug auf das Kaiserhaus angesehn[4]), die Regel aber bildete zunächst die Anwendung von gesprochenen oder geschriebenen Zauberformeln mit oder ohne Anwendung von Gift. So wird der Tod des Germanicus zurückgeführt auf carmina et devotiones et nomen plumbeis tabulis insculptum[5]), atroces et occultae notae additae nominibus Caesarum aut senatorum

[1]) L. 5 § 10 D. h. t.
[2]) L. 6 D. h. t.
[3]) Sueton Aug. c. 54.
[4]) Coll. 15, 2, 3. Paulus 5, 29. So in dem Prozess gegen Servilia Tac. 16, 30.
[5]) Tac. 2, 69.

spielen in dem Prozess gegen Libo[1]), devotiones et venenum in der Anklage gegen Piso[2]), libelli quibus eventura secretis occultabantur in der gegen Sosianus[3]) eine Rolle. Die Verbindung von Zauberei und Gift geht bis auf den Erntediebstahl der XII Tafeln zurück[4]), und es liegt nahe anzunehmen, dass die Sullanische Bestrafung des Giftmordes und der damit zusammenhängenden Delikte die Personalverletzung durch Zauberei direkt oder mittelbar in ihren Bereich gezogen hat[5]). Dabei hatten die Devotionen und sonstigen Zauberformeln oder -Schriften, wie an einer früheren Stelle darzulegen versucht ist, inhaltlich mit dem Infamationslibell zuweilen nähere Berührungspunkte als es zunächst den Anschein hat — nicht bloss weil in ihnen vielfach der Grund für die Verfluchung, in der Regel eine Missethat des Verwünschten, angegeben war, sondern hauptsächlich weil dadurch der Verletzte infamirt wurde, mindestens in einer für ihn kränkenden Weise ins Gerede kam, sobald man ihn als der Rache des Unterirdischen würdig hinstellte. Somit fielen die carmina et libelli, die wir in dem Sullanischen Maiestätsgesetz und der daran anknüpfenden Gesetzgebung als qualifizirte Iniurien vorfanden, in zwei an sich verschiedenen zuweilen aber zusammenfallenden Richtungen unter den Maiestätsbegriff: einerseits als Pasquille andrerseits als Zaubermittel — Beides unter der Voraussetzung, dass sie gegen den Kaiser oder andere hochgestellte Personen gerichtet wurden — und es konnten diese an sich verschiedenen Richtungen gerade unter dem Gesichtspunkt des römischen Iniurienrechts in einander übergehn. Dieses Zusammentreffen wird die Umdeutung der Occentatio in den XII Tafeln als Schmählied wenn nicht herbeigeführt so doch erleichtert haben. Wenn das gegen hochgestellte Personen gerichtete carmen je nach seinem Inhalt als Zauber- oder Schmählied, aber in beiden Fällen als Staatsdelikt nemlich als Maiestätsverbrechen bestraft werden konnte, wenn andrer-

[1]) Tac. 2, 30.
[2]) Tac. 3, 13.
[3]) Tac. 16, 14.
[4]) Mommsen S. 639 ff.
[5]) In Sall. 5, 14. Quintilian (7, 3, 7) rechnet die carmina magorum übertragen zu den veneficia.

seits Devotionen und andere Zauberformeln oft auch inhaltlich einen infamirenden Charakter hatten, so dass die Grenze zwischen dem Zauber- und dem Schmählied sich vermischte, das erstere wenigstens häufig auch als das zweite erscheinen konnte und musste, dann war es begreiflich, dass zu einer Zeit, wo durch Neuregelung der ganzen Materie das schon lange obsolet gewordene Zwölftafelrecht in dieser Richtung aufgehoben war, der sprachlich offenbar nicht mehr verständliche Begriff der Occentatio auf den des Schmähgedichts beschränkt resp. in ihn umgedeutet wurde. Schwerlich wird diese Umdeutung ganz ohne Sulla's Zuthun erfolgt sein. Wie es überhaupt zu den legitimistischen Grundsätzen des ersten Dictator perpetuus gehörte, seine Reformen als Restauration vergangener Zustände erscheinen zu lassen, so bot ihm jener fromme Betrug die Handhabe, das Maiestätsgesetz als gemilderte Erneuerung einer Zwölftafelbestimmung auszugeben und damit das Misstrauen weiter Kreise gegen Bestimmungen von sich abzuwälzen, deren wesentlich monarchischen Character Sulla am wenigsten sich verhehlt haben wird.

So finden wir denn schon bei Cicero, wie früher ausgeführt, die Sullanische Auffassung, allerdings auf Grund einer wohl tralitizischen Usualinterpretation: occentavisset sive carmen condidisset quod infamiam faceret flagitiumque alteri, die ihrerseits die Beziehung auf Zauberei an sich nicht ausschliesst, diejenige auf Schmähgedicht jedenfalls aber erleichtern musste.

Dass Augustus hier wie in anderen Fällen das Werk seines frühesten Vorgängers fortsetzte, beruhte auf der Solidarität der monarchischen Interessen. Schon bei Festus finden wir die Consequenzen der kaiserlichen Auffassung mit dürren Worten ausgesprochen: occentassint antiqui dicebant, quod nunc convicium fecerint dicimus, quod id quodam canore fit; quod turpe habetur, quod non sine causa fieri putatur[1]). Von seinem Stand-

[1]) Festus S. 181, Müller. Die Grammatikertradition ist von da an einheitlich, allerdings beeinflusst durch eine alsbald zu erörternde Stelle von Horaz, die Acro und Cornutus ernsthaft nehmen, während Porphyrion seinen Vorgänger stillschweigend corrigirt zu haben scheint. Sie fand auch hier Eingang in die Patristik (Arnobius adv. gentes 4, 34), während Augustin (de civ. D. 8, 19 = Apul. Apol. c. 47) auf Cicero zurückgeht.

punkt aus blieb allerdings, wenn man das edictale Iniurienrecht heranziehen wollte, nur das convicium übrig, aber auch diese Einordnung war nichts weniger als glücklich. Bei der Occentatio betont die gesamte Ueberlieferung die rhythmische Form. Das convicium, bei dem der Vers an sich natürlich nicht ausgeschlossen ist, kann begrifflich so prosaisch sein wie nur möglich und wird es oft genug auch gewesen sein: die Belästigung durch lautes Geräusch war das ursprünglich Entscheidende des Deliktsthatbestandes. Dabei wird Festus die Frage, wie der Prätor in der relativ alten Epoche, als das Spezialedict aufkam, sich mit der collidirenden Zwölftafelbestimmung hätte abfinden können, vermuthlich sich überhaupt nicht vorgelegt haben. Dass das convicium nur klagbegründend wirkte, wenn es adversus bonos mores geschah, war offenbar eine Beschränkung der Klage: concurrirte diese aber mit den XII Tafeln, so drohte dem Thäter im Falle der prätorischen Klagverweigerung unter Umständen noch das auf Todesstrafe gerichtete Criminalverfahren!

Anspielungen auf das Infamationslibell finden wir endlich auch, wenn auch in sichtlich ironischer Form, an zwei Stellen bei Horaz[1]).

[1]) Serm. 2, 1, 82 ff.

Sed tamen nt monitns caveas: ne forte negoti
Incutiat tibi qnid sanctarum inscitia legum:
„Si mala condiderit in quem quis carmina, ius est
Iudiciumque". Esto si quis mala, sed bona si quis
Iudice condiderit laudatus Caesare?

und Ep. 2, 1, 145 ff.

Fescennina per hunc inventa licentia morum
Versibns alternis opprobria rnstica fudit
Libertasqne recurrentes accepta per annos
Lusit amabiliter, donec iam saevus apertam
In rabiem coepit verti iocns et per honestas
Ire domos impnne minax. Dolnere cruenti
Dente lacessiti, fuit intactis qnoqne cura
Conditione super communi: qnin etiam lex
Poenaque lata malo quae nollet carmine quemquam
Describi; vertere modum formidine fustis
Ad bene dicendum delectandumque redacti:
Graecia capta ferum victorem cepit et artes

Das erste der beiden Gedichte ist im Jahre 30 v. Chr., das zweite 17 Jahre später geschrieben worden. Die Art, wie dieser zeitliche Unterschied hervortritt, ist für Horaz wie für seinen kaiserlichen Gönner charakteristisch. In den Sermonen droht der Dichter seinen unfähigen Zunftgenossen noch mit dem Civilprozess, in den Episteln bereits mit Prügeln, also dem peinlichen Verfahren[1]. Ernsthaft aber hat er die Sache an keiner der beiden Stellen genommen. Das zeigt der Doppelsinn, den er in die Worte mala carmina hineinlegt wie der Gegensatz, in den er sie zu den bona carmina stellt: einem so geschmackvollen Schriftsteller wie Horaz wird man nicht zutrauen, er habe im Ernst gesagt, dass Jemand aus Furcht vor Prügeln zu einem guten Dichter geworden sei[2]. Augustus mag es ihm nahe gelegt haben, die damals schon verbreitete und ihm erwünschte Auffassung von dem Alter und dem Zweck der Pasquillgesetze litterarisch zu vertreten. Der Dichter hat indessen auch abgesehen von der ironischen Form, mit der er sich der heiklen Aufgabe entledigte, die Unbefangenheit des Urtheils sich in bemerkenswerthem Masse gewahrt. Nach seiner Darstellung muss ein beträchtlicher Zeitraum als verflossen gedacht werden, in dem sich die Missbräuche, welche zum Erlass des Pressgesetzes führten, erst geltend gemacht haben. Wenn er zeitlich an dieses letztere dann weiter das Eindringen des griechischen Einflusses auf die römische Kultur anknüpft, so passt das eher zur Epoche der Scipionen oder Sulla's als zu der der XII Tafeln[3].

Intnlit agresti Latio; sic horridus ille
Defluxit unmerus Saturnius.

[1]) Aug. sclbst hat nach Dio 56, 27 das Maiestätsgesetz im Jahre 12 n. Chr. angewendet.

[2]) Acro zu Hor. Serm. 2, 1, 83 verweist auf die XII Tafeln. Desgleicheu Cornutus zu Persins 1, 123, der hier wohl auf Acro zurückgeht: Cum amaritudine multa invecti sunt in principes civitates, propter quod lege XII tabularum cantum est, ut fustibus feriretur, qui puhlice invehebatur. In wie weit das aus der Stelle sclhst herausgedeutet ist (sanctarum legum) oder anf der sonstigeu Grammatikertradition heruht, muss dahingestellt bleihen. Jedeufalls zeigt der Wertlaut die ebenso ahsichtliche wie geschichtlich unmögliche Auknüpfnng des Zwölftafelrechts an die kaiserliche Maiestätsklage.

[3]) Zu demselben Resnltat führt auch die Bezeichnung des fraglichen Gesetzes als lex sancta, die auf die XII Tafelu zweifellos uicht zutrifft. Vgl. L. 9 § 3 D. de divisioue 1, 8.

Die iuristische Litteratur hat der Sullanisch-Augustischen Auffassung von der Occentatio ein beredtes Schweigen entgegengesetzt. Die Edictcommentare unterlassen bei dem convicium, das sie mit concitatio, conventus, collatio vocum, convocium erklären, jeden doch so naheliegenden Hinweis auf die occentatio ebenso wie bei der Besprechung der Gesetzgebung über Schmähgedichte. Gaius, der die Iniurie der XII Tafeln mit besonderer Ausführlichkeit bespricht, lässt nichts davon ahnen, dass der spätere Begriff der Infamation, der in der Reihenfolge der prätorischen Edicte der letzte, also wohl der zeitlich jüngste gewesen ist, schon in der ältesten Codification des Römischen Rechts enthalten war. Dasselbe gilt von der Darstellung Ulpians. Nur Paulus erwähnt, wenn der uns vorliegende Text soweit ächt ist, als Fälle der Iniurie in den XII Tafeln neben der Körperverletzung die famosa carmina [1], während seine in der Collatio erhaltene Darstellung des Iniurienrechts zwar die an der ersteren Stelle übergangene Generalclausel, nicht aber das carmen famosum enthält [2]. Dabei ist für die Glaubwürdigkeit und wohl auch für die Authentizität jener Aufzählung wohl zu beachten, dass sie unter allen Umständen falsch ist: wenn die XII Tafeln das Pasquill wirklich mit dem Tode bestraft haben, so folgt gerade daraus, dass sie es nicht dem Iniurienrecht unterstellten. Eine criminelle Iniuria giebt es wohl in der Kaiserzeit, aber nicht in den Anfängen der Republik.

§ 8.

Der Abschluss des Iniurienrechts bei Justinian.[3]

Die Compilatoren haben an der Theorie der ästimatorischen Iniurienklage einschneidende begriffliche Veränderungen nicht vorgenommen: diejenigen, welche wir als wahrscheinlich ansehn

---

[1]) Paulus 5, 4, 6. Spätere Einschiebsel begegnen in den Sententien keineswegs selten.

[2]) Coll. 2, 5, 1 ff.

[3]) Ueber die strafrechtliche Entwicklung, die hier ausser Betracht bleibt, Mommsen S. 806 ff.; vgl. auch Landsberg a. a. O. S. 64 f.

dürfen, erscheinen als Erweiterung aber nicht als Denaturirung des ohnehin umfassend angelegten Iniuriensystems.

Bei der Verhinderung des Sklavenverkaufs[1]) ergab sich diese Ausdehnung durch die Loslösung der Stelle aus ihrem ursprünglichen Zusammenhang und ihre Einfügung in den einschlägigen Digestentitel. Wenn ursprünglich, wie die Inscription zeigt, die Klage sich auf den Fall bezog, dass Erbschaftsgläubiger ein richterliches Veräusserungsverbot gegen den Erben erwirkt hatten, das dessen Redlichkeit oder doch Solvenz in Zweifel zog, so haben die Compilatoren diese sämmtlichen Einzelheiten des Falles gestrichen, an die Stelle der Verhinderung durch den Erbschaftsgläubiger die durch irgend Jemanden gesetzt und damit den Fall zu einem Beispiel des allgemeinen Prinzips gemacht, wonach die Klage gegeben wird si quis re mea uti me non permittit. Die Freiheit der Bewegung und Bethätigung wird in unzulässiger Weise angetastet, wenn Jemand in der Verfügung über sein Eigenthum beschränkt oder gehindert wird.

Völlig consequent sind die Compilatoren dabei aber nicht verfahren. Zwar finden wir die Iniurienklage neben der ad exhibendum zugelassen, wenn Jemand verhindert wird die gekaufte und übergebene Weinernte zu keltern und fortzuschaffen[2]), wobei es nach dem früher Gesagten dahin gestellt bleiben darf, ob schon der ursprüngliche Text dieses Rechtsmittel und den Fall der Kelterung enthielt: die römischen Juristen operiren aber mit der a° doli bezw. in factum an zwei Stellen, die zur Anwendung der Iniurienklage in diesem Sinne wie geschaffen erscheinen:

Permisisti mihi ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debent, deliberari posse: sed erit de dolo[3]) und

Rei quam venalem possessor habebat litem proprietatis adversarius movere coepit et posteaquam opportunitatem emtoris,

---

[1]) L. 24 h. t. vgl. oben S. 54 f.

[2]) L. 19 § 1 D. d. a. e. v. 19, 1.

[3]) L. 16 § 1 D. d. a. pr. v. 19, 5 (Pomponius).

cui venumdari potuit, peremit' destitit: placuit possessori hoc nomine actionem in factum cum sua indemnitate competere[1]).

Dass die Compilatoren ihre Ausgestaltung des Iniurienbegriffs nicht in jedem der zerstreuten Fälle, auf die sie passen mochte, zur Anwendung brachten, überrascht weiter nicht: sollten aber die klassischen Juristen von der Iniurienklage hier keinen Gebrauch gemacht haben, so kann sie dabei in dem ersteren Falle die vorwiegend pekuniäre Natur der vorgefallenen Schädigung, in dem zweiten die Erwägung geleitet haben, dass die frivole Prozesserhebung um eine Verkaufsgelegenheit zu vereiteln recht eigentlich unter den Begriff der „hinterlistigen Veranstaltung in Schädigungsabsicht" fällt.

Ob eine analoge Ausdehnung auch in den Fällen der Selbsthilfe stattgefunden hat, so dass diese unter dem Einfluss des decretum Divi Marci von den Compilatoren nunmehr in jedem Falle bei Fehlen der obrigkeitlichen Autorisation als Iniurie angesehen worden ist, sprechen unsere Quellen nicht mit Sicherheit aus; es würde dies aber an sich der Tendenz der kaiserlichen Gesetzgebung entsprechen, die die Anwendung der begrifflich immer mehr abgeschwächten Gewaltanwendung mit wachsender Energie bekämpft hat.

Eine durchgehende Interpolation der Quellen haben die Compilatoren in unserer Materie endlich noch in der Richtung durchgeführt, dass sie die ursprüngliche Zulassung der Iniurienklage neben der reipersekutorischen in eine Nachklage auf den Ueberschuss umgewandelt haben[2]). Eine begriffliche Aenderung der Klage hat sich auch daraus nicht ergeben: insbesondere hat bei der Iniurienklage auch nach Justinianischem Rechte immer die Möglichkeit bestanden, den Vermögensschaden wenigstens dann zu berücksichtigen, wenn eine concurrirende Ersatzklage nicht gegeben war.

---

[1]) L. 33 D. de dolo malo 4, 3 (Ulpian).

[2]) Eisele im Archiv f. z. Pr. 79 S. 390 ff. Pernice S. 45 f.

Berichtigungen und Nachträge.

S. 6 Anm. 3 Zeile 5 ist hinter XII Tafeln einzuschieben: in dieser Frage.

S. 7 Zeile 21 hinter Körperverletzung: die sich als Gliedbeschädigung darstellte.

S. 11 ff. Ueber den Begriff der Occentatio vgl. die geistvolle Abhandlung von Usener: Italische Volksjustiz (Neues Rheinisches Museum 1901 S. 1 ff.), die Leonhard in seiner Rectoratsrede: Der Schutz der Ehre im alten Rom 1902 S. 37 Anm. 7 anführt. Auf die Einzelheiten der Usenerschen Beweisführung hoffe ich demnächst an anderer Stelle eingehen zu können.

Herrn Geheimrath Leonhard verdanke ich den Hinweis auf Huvelin Les tablettes magiques et le droit Romain (Memoire presenté au Congrès International d'histoire comparée Paris 1900) Macon Protat frères imprimeurs 1901, wo es S. 25 heisst: le délit consistant à carmen malum condere s' oppose au délit consistant à occentare ou à carmen malum incantare, dont parlent d'autres textes, comme la formule écrite s'oppose à la formule orale. Dementsprechend bezieht der Verfasser in Anm. 2 daselbst das Citat si quis occentavisset sive carmen condidisset bei Cicero de re publ. 4, 10, 2, das er in beiden Theilen für authentisch hält, auf formules magiques orales (occentavisset) et écrites (condidisset). Den Beweis für diese Ansicht verspricht der Verfasser a. a. O. Anm. 2 in einer Arbeit über die Iniuria im ältesten römischen Recht zu erbringen, deren baldiges Erscheinen von ihm in Aussicht gestellt wird, aber soviel mir bekannt noch nicht erfolgt ist. Soweit sie in der Beziehung der Occentatio auf Zauberei mit der meinigen übereinstimmt, darf ich diesen Consens zweier unabhängig von einander geführter Untersuchungen wohl als ein Argument für die Wahrscheinlichkeit der von H. und mir vertretenen Ansicht betrachten.

S. 17 vgl. Friedländer, Sittengeschichte Bd. III Abschnitt 4.

S. 31 Anm. 1. Pernice Bd. 2 Abth. 2[2] S. 28 ff., 35 ff.

S. 32 Anm. 1. Pernice a. a. O. S. 9 ff., S. 36.

S. 33 Anm. 2. Pernice S. 37 f.

S. 46 Anm. 1 sind die beiden Namen Gretchen und Marthe zu lesen.

S. 51. Die Formel des Infamationsedikts ist jetzt von Lenel, unter Benutzung der Coniectur Mommsens, endgültig dahin reconstruirt worden: Quod Ns Ns illi libellum misit Ai Ai infamandi causa. Characteristisch für die römische Auffassung ist, dass die Schmähung hier nicht gegenüber dem Verletzten sondern gegenüber Dritten geschehend gedacht ist: die Wirkung auf diese Dritten ist also für den Thatbestand entscheidend. Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abth. Bd. 33 S. 317.

S. 58 Zeile 8 ist statt Wittwe: geschiedene Ehefrau zu lesen.

„ „ „ 13 ist Testamentsverletzung statt . . . verlesung zu lesen.

S. 88 Zeile 21 ist zu lesen: auf der Natur.

S. 96 Anm. 1 Zeile 6 ist Apul. Apol. c. 47 zu streichen und hinzuzufügen: So auch der liber glossarum (Corpus gloss. lat. V S. 228, 31): occentare i. e. infame carmen cum certo nomine dicere, während vorher occentare einfach mit contracantare wiedergegeben wird.

S. 101 Anm. 1. Ursprünglich ein Fall der calumnia vgl. Pernice II, 1[2] S. 228. Lenel, Edict S. 87 ff.

Abhandlungen

aus dem

Staats- und Verwaltungsrecht

herausgegeben von

Dr. Siegfried Brie

ord. Professor der Rechte an der Universität Breslau

1. Heft: **Der Weg der Gesetzgebung in Preussen** von Privatdocent Dr. Max Fleischmann . . . 3,60 Mk.
2. Heft: **Das Recht der provisorischen Gesetzgebung** in Sonderheit nach preussischem Staatsrecht von Dr. Felix Glatzer . . . . 3,50 Mk.
3. Heft: **Das deutsche Reichsrecht im Verhältnisse zum Landesrechte.** Eine geschichtliche und dogmatische Entwickelung des Grundsatzes, dass „die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen" (R.-V. a. 2), unter eingehender Berücksichtigung der modernen bürgerlichen Gesetzgebung von Dr. Paul Posener . 5,— Mk.
4. Heft: **Dispensationsbegriff und Dispensationsgewalt** auf dem Gebiete des Deutschen Staatsrechts von Dr. Julius Steinitz . . . . 2,60 Mk.
5. Heft: **Die staatsrechtlichen Besonderheiten der Stellung des Reichslandes Elsass-Lothringen** im Deutschen Reiche von Dr. Georg Hamburger . 3,20 Mk.
6. Heft: **Die Regentschaft nach preussischem Staatsrecht** unter Berücksichtigung des in den übrigen deutschen Bundesstaaten geltenden Rechts von Dr. jur. Ismar Freund . . . . 3,80 Mk.
7. Heft: **Der Verlust der Staatsangehörigkeit** durch Naturalisation und durch Aufenthalt im Auslande von Dr. Max Bahrfeld . . . . 2,— Mk.
8. Heft: **Die rechtliche Stellung der deutschen Schutzgebiete** von Dr. Victor von Poser und Gross-Naedlitz . . . . 2,40 Mk.

Buchdruckerei Maretzke & Märtin, Trebnitz in Schles.

Studien

zur

Erläuterung des bürgerlichen Rechts

herausgegeben

von

Dr. Rudolf Leonhard

ord. Professor der Rechte an der Universität Breslau

---

11. Heft

Die Rechtsstellung des aus mehreren Personen bestehenden Vorstandes eines rechtsfähigen Vereins nach dem B.G.B.

Ein Beitrag zur Theorie der juristischen Person

von

S. WESTMANN

Rechtsanwalt

Breslau

Verlag von M. & H. Marcus

1903

Die Rechtsstellung

des

aus mehreren Personen bestehenden

Vorstandes

eines rechtsfähigen Vereins

nach dem B.G.B.

Ein Beitrag zur Theorie der juristischen Person

von

S. WESTMANN
Rechtsanwalt

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1903

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Begriff des rechtsfähigen Vereins.

Ein rechtsfähiger Verein ist die Vereinigung einer Mehrheit von Personen in einer den Vorschriften der Paragraphen 21 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechenden Organisation zur Erreichung ausdrücklich bestimmter, gesetzlich erlaubter Zwecke, welcher das Recht die Fähigkeit beilegt, sei es auf Grund staatlicher Verleihung, sei es auf Grund der Beobachtung gewisser Normativbestimmungen, ein selbständiges, von der Summe der zu dieser Vereinigung gehörigen Personen der Mitglieder verschiedenes Rechtssubjekt zu sein, ein selbständiger Träger von Rechten und Pflichten:

Mehrheit von Personen, gesetzlich vorgeschriebene Mindestzahl, Organisation, Zweck, ferner Mitwirkung des Staates bei der Entstehung, das sind die Essentialien eines rechtsfähigen Vereins, welcher zu den juristischen Personen des Privatrechts gehört.

I. Teil. Die allgemeinen Lehren über die Rechtsstellung des Vorstandes eines rechtsfähigen Vereins nach innen und nach aussen.

§ 2. Begriff des Vorstandes.

Der rechtsfähige Verein ist ein Rechtssubjekt, ein selbständiger Träger von Rechten und Pflichten. Der rechtsfähige Verein ist keine einzelne physische Person. Er ist daher ohne Mitwirkung

physischer Personen, tatsächlich betrachtet, nicht imstande, seine Rechte auszuüben oder seine Pflichten zu erfüllen, in erster Linie, sich am Rechtsverkehr mit den übrigen Rechtssubjekten, d. h. allen physischen und juristischen Personen zu beteiligen.

Die physischen Personen, welche im Rechtsverkehr des Vereins mit den übrigen Rechtssubjekten die Rolle spielen, die der vollgeschäftsfähige Mensch in seinem eigenen Rechtsverkehr mit den übrigen Rechtssubjekten spielt, oder wie der technische Ausdruck in der Litteratur lautet, das Organ, welches den rechtsfähigen Verein Dritten gegenüber repräsentiert, ist in erster Linie der Vorstand, welcher nach § 26 B.G.B. aus einem oder aus mehreren Personen bestehen kann.

a. Vorstand Willensorgan des Vereins.

Der Vorstand ist das Organ, durch welches der Verein seinen rechtserheblichen Willen nach aussen hin, sei es dem Gericht gegenüber, sei es aussergerichtlich, betätigt.

Nach § 26 B.G.B. muss der Verein einen Vorstand haben. „Der Vorstand vertritt den Verein gerichtlich und aussergerichtlich. Er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Der Umfang seiner Vertretungsmacht kann durch die Satzung mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden.“

b. Organschaft oder Stellvertretung?

In der Wissenschaft besteht ein Streit darüber, wie diese Vertretungmacht des Vorstandes aufzufassen ist, ob der Charakter des Vorstandes als eines Willensorgans begrifflich von dem Rechtsinstitut des Stellvertreters verschieden ist oder nicht. Dieser Streit hängt zusammen mit den verschiedenen Theorien, die über das Wesen der juristischen Person aufgestellt sind.

α) Historische Entwicklung dieser Frage.

Nach der Theorie Savignys, der sogenannten Fiktionstheorie, ist die juristische Person kein wirkliches, sondern nur ein fingiertes Rechtssubjekt, im Interesse des wirtschaftlichen Verkehrs geschaffen, besitzt somit keinen natürlichen Willen, ist willensunfähig, ihr

Wille besteht lediglich in dem Willen ihrer Stellvertreter. Der Vorstand würde hiernach der gesetzliche Vertreter eines willensunfähigen Rechtssubjektes sein.

Brinz wendet sich gegen die „Vogelscheuche" des fingierten Rechtssubjektes der Theorie Savignys: nicht fingiert, sondern subjektslos sei das Recht der juristischen Person, die juristische Person sei lediglich ein Zweckvermögen, an welches das Recht wegen seiner hohen wirtschaftlichen Bedeutung besondere Rechte geknüpft habe.

Auch diese Theorie spricht der juristischen Person die Willensfähigkeit ab und gelangt hinsichtlich des Rechtscharakters der Vertretungsmacht des Vorstandes zu demselben Ergebnis, wie Savigny.

Widerlegt wird die Brinz'sche Lehre mit dem Hinweis darauf, dass es juristische Personen giebt, die überhaupt kein Vermögen besitzen, wie z. B. die hier in Rede stehenden rechtsfähigen Vereine, für welche die Existenz eines Vermögens keine Essentiale bildet.

Eine dritte Ansicht ist die germanistische Theorie von der selbständigen Verbandspersönlichkeit der Körperschaft: die juristische Person sei ein selbständiges Wesen, geschäfts- und deliktsfähig, willensbegabt, nur von anderer Struktur, wie der physische Mensch und lebe daher in anderer Erscheinungsform und unter anderen Existenzbedingungen wie dieser, ihr Wille trete in anderer Form und nach anderen Entstehungsgesetzen in die Aussenwelt, wie der Wille des Menschen. Während der menschliche Körper und die menschliche Seele die Träger der Willensfunktion des Menschen bildeten, seien die einzelnen Menschen die Elemente, denen der Körperschaftswille seine Existenz verdanke. Dieser Wille entstehe nur genetisch vermittelst der Einzelwillen, der sogenannten Vereinsorgane, bestehe aber in einem von der Summe der Einzelwillen durchaus verschiedenen Gesamtwillen. Der Vorstand sei nur Organ des Körperschaftswillens, innerhalb seiner Kompetenz sei er identisch mit der Körperschaft, keine davon verschiedene Person, wie dies der Stellvertreter gegenüber dem Vertretenen ist, sondern seine Handlungen und Unterlassungen seien unmittelbare eigene Handlungen und Unterlassungen der Körperschaft. Das Recht habe nicht den Begriff der juristischen Person erfunden, wie die

Fiktionslehre behaupte, sondern trage nur den tatsächlichen Verhältnissen des Lebens Rechnung, indem es die zahllosen sozialen Verbände, die von jeher existiert hätten und ständig neu sich bildeten, rechtlich organisiere. Das Recht verfahre den Korporationen gegenüber nicht anders, wie bei allen übrigen sozialen Lebensverhältnissen; alle würden sie zu Rechtsbegriffen stilisiert, sofern sie für den Verkehr der Rechtsgenossen unter einander, der Menschen, von Bedeutung seien. Derartige in das System des Rechts, dessen Zweck in der Gewährleistung eines friedlichen Verkehrs unter den einzelnen Menschen bestehe, eingereihte, real existierende Gebilde seien auch die sozialen Körperschaften, die juristischen Personen. Nicht erkenntnistheoretisch sei die Existenz des besonderen Körperschaftswillens zu beweisen, sondern sozialpsychologisch darzutun.

Der Hauptvertreter dieser Richtung ist Gierke.

Vom theoretischen Staudpunkte aus schliesse ich mich der letzteren Auffassung an und zwar aus folgenden Gründen:

β) Dogmatische Untersuchung dieser Frage.

Das Problem, um welches es sich bei dieser Kontroverse handelt, lautet zunächst dahin: ist es nach den Prinzipien des Rechts denkbar, dass eine juristische Person, welche erkenntnistheoretisch betrachtet keinen psychophysischen Willen besitzt, willensfähig im Sinne des Rechts ist. Diese Frage führt auf die Untersuchung: in welcher Beziehung stehen die Begriffe des Rechts zu den Begriffen der philosophisch naturwissenschaftlichen Erkenntnislehre? — werden die in letztgedachter Wissenschaft gewonnenen Forschungsergebnisse unmodifiziert vom Rechte übernommen oder hat das Recht seine eigenen, aus dem System des Rechts gewonnenen Prinzipien, zu deren sprachlicher Bezeichnung es sich der Ausdrücke bedient, welche für analoge Probleme in anderen Wissensphären seit alters her gäng und gäbe sind?

Das letztere ist der Fall. Das Recht ist hinsichtlich der Beantwortung der Frage, ob ein Rechtssubjekt willensfähig im Rechtssinne ist oder nicht, in keiner Beziehung an die Resultate oder Autorität der Naturwissenschaften gebunden. Das Recht beabsichtigt ja gar nicht, mit seinen Rechtssätzen naturwissen-

schaftliche Wahrheiten zu behanpten, sondern es verfolgt an Stelle der erkenntniswissenschaftlichen praktische Zwecke, die Rechtssätze setzen Recht, d. h. schaffen Normen, deren Beobachtung mit Hilfe des Staates unter den im Gesetz vorgeschriebenen Formen nnd Voraussetznngen erzwnngen werden kann. Diese Zwecke des Rechtes sind es, welche eine Antwort auf die Frage der Willensfähigkeit oder Willensunfähigkeit der jnristischen Person geben.

Welches die letzten Zwecke des Rechts sind, darüber bedarf es hier nicht der Erörterung; so viel kann von vornherein als feststehend angenommen werden, dass ein so viel verzweigtes und reichhaltiges Gebilde des Menschengeistes sich mit einem einzigen Zwecke nicht begnügen wird, nnd dass jede Theorie, welche nur ein einziges Ziel als Zweck des Rechts angibt, von vornherein als nicht erschöpfend bezeichnet werden kann. Keiner einheitlichen, in sich systematisch geschlossenen Theorie wird daher das Schicksal erspart bleiben, dass es weite Gebiete des Rechtes gibt, welche auf anderen Rechtsprinzipien beruhen. Hierdurch ist aber nicht die Herrschaft, sondern nnr das Vorhandensein der Alleinherrschaft dieser Theorie im gesamten Bereiche des Rechts widerlegt.

Dies vorangeschickt erachte ich als einen der hauptsächlichsten Zwecke des Rechts, gewissermassen als die causa proxima des Rechts, nicht den Interessenschutz der einzelnen Rechtsgenossen, sondern die Friedewirkung. Dem Interessenschutz, der freilich für den Bestand des Friedens von erheblicher Bedeutung ist, möchte ich für das Recht, jedenfalls für den Teil des Rechtes, der bei Entscheidung der Frage der Willensfähigkeit der juristischen Person in Frage kommt, höchstens die Rolle der causa remota zuweisen. Die Hanptdomäne des Interessenschutzes ist nicht das Recht, sondern die Politik. Nicht in Abrede zn stellen ist, dass im Familien- und insbesondere im Vormundschaftsrecht der Schutz der Interessen der Bevormundeten, der Alimentations- und Ausstattnngsberechtigten im Vordergrunde als causa proxima des Gesetzesinhalts steht, aber der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen hat eine ganz andere rechtliche und tatsächliche Bedeutung wie der gesetzliche Vertreter der juristischen Person: der Vormund soll den Mündel, der sich aus eigener Kraft im Verkehr mit den übrigen Rechtsgenossen infolge nicht oder noch nicht

ausreichend entwickelter Intelligenz nicht behaupten kann, schützen, unterstützen, ihm mit Rat und Tat zur Seite stehen, seinen tatsächlich noch nicht vollständig ausgebildeten Willen durch eigene gereiftere Willenskraft ergänzen, oder zum Teil sogar völlig ersetzen. Der Vormund ist der Herr des rechtlich beachtlichen Willens des Mündels. Ganz anders der gesetzliche Vertreter der juristischen Person, und zwar ist für das Thema nur von Interesse der rechtsfähige Verein. Ob daher die hier vertretene Auffassung von dem Charakter der juristischen Person auch auf Stiftungen zutrifft, lasse ich dahingestellt. Der gesetzliche Vertreter, den das Bürgerliche Gesetzbuch für den rechtsfähigen Verein in § 26 obligatorisch fordert, wird vom Gesetze nicht zum Schutze der juristischen Person gefordert, denn der gesetzliche Vertreter ist nicht Herr des Willens der juristischen Person, er hat nach § 27 des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Stellung eines Beauftragten, er wird nur gefordert im Interesse der Verkehrssicherheit, zum Schutze Dritter mit dem rechtsfähigen Verein Verkehrender, diese sollen wissen, an welche Adresse sie sich zu wenden haben, wenn sie mit dem Verein in rechtserheblichen Verkehr treten wollen. Ebenso ist die sonstige Fürsorge, die der Staat der juristischen Person nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zuwendet, keineswegs von der tatsächlichen Schutzbedürftigkeit der juristischen Person wegen noch nicht gereifter Willensstärke diktiert, sondern gerade im Gegenteil, von dem Bestreben, einem Missbrauch der durch die Organisation gesteigerten Willensmacht der juristischen Person im Vergleich zu der Willensmacht einzelner Menschen im Interesse des Staates vorzubeugen und entgegenzutreten. Ohne Mitwirkung des Staates kann keine juristische Person entstehen, während ihres Bestehens unterliegt sie dem Aufsichtsrecht des Staates, der Staat kann sie nach § 43 B.G.B. töten, wenn sie von der ihr innewohnenden Macht einen gesetzwidrigen Gebrauch macht. Wer die juristische Person als willensunfähig erachtet, der hat dieser gesetzlichen Behandlung der juristischen Person als eines Rechtssubjektes mit potenzierter Willensstärke gegenüber zu behaupten und zu beweisen, dass das Recht für seine Zwecke die erkenntnistheoretisch-naturwissenschaftlich gewonnenen Begriffe unmodifiziert benutzt. Es kann ihm entgegengehalten werden, dass dies nicht einmal der Fall ist beim Tod,

der Artikel 10 der preussischen Verfassungsnrkunde spricht sogar von einem „bürgerlichen Tod“ [1]), das Bürgerliche Gesetzbuch spricht in § 13 ff. von einer Todeserklärung, bei der hereditas jacens des römischen Rechts lebt nach Ulpian und Julian sogar der Erblasser in gewisser Beziehung über seinen physischen Tod hinaus fort [2]), ferner bei dem hier in Frage stehenden Willensproblem verfährt das Recht ebenfalls nicht in sklavischer Anlehnung an die psychophysischen Tatsachen, sondern seinen Rechtszwecken entsprechend rein summarisch. Ein zwanzig Jahre alter Mensch kann im konkreten Fall intelligenter sein, als sein Vormund, zu den im Gesetze vorgeschriebenen Rechtsgeschäften bedarf er der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, ist er allein noch nicht ausreichend geistig entwickelt, das Allgemeine Landrecht unterscheidet im §§ 227 ff. I 1 zwischen Rasenden und Wahnsinnigen, welche des Gebrauchs ihrer Vernunft gänzlich beraubt sind und Blödsinnigen, „welchen das Vermögen, die Folgen ihrer Handlungen zu überlegen, mangelt.“

Darf die Judikatur in den dem Landrecht unterworfenen Gebieten von diesen gesetzlichen Vorschriften abweichen, wenn sich die psychiatrischen Anschauungen über Wahnsinn und Blödsinn ändern? So lange diese Paragraphen des Gesetzbuchs nicht in der für die Aufhebung von Gesetzen bestimmten Art und Weise aufgehoben sind, hat der Richter diese Landrechtsdefinition seiner Entscheidung zu Grunde zu legen, ebenso wie es dem Gesetzgeber freisteht, abweichend und unbekümmert um zoologische Systematik in § 2 des Fischereigesetzes für den Preussischen Staat vom 30. Mai 1874 in dem Ausdruck „Fische“: „Krebse, Austern, Muscheln und andere nutzbare Wassertiere, soweit sie nicht Gegenstand des Jagdrechts sind,“ mitzubegreifen.

Das Recht ist nur insoweit an die Ergebnisse anderer wissenschaftlicher Disziplinen gebunden, als es dies selbst bestimmt, es kann die Grenze der Autorität anderer Disziplinen

---

[1]) V. U. Art. 10: der bürgerliche Tod und die Strafe der Vermögenseinziehung finden nicht statt.

[2]) l. 33 § 2 D. de a. r. d. 41,1; Ulpianus libro quarto disputationum: Nam et condictio, quotiens servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires assumit, ut Juliano placet: cuius et valuit sententia testantis personam spectandam esse opinantis.

innerhalb seines Bereiches souverän bestimmen und jederzeit nach eigenem Belieben abändern.

Für das Gebiet des Willens im Recht kommt folgendes in Betracht:

Das Recht ist, namentlich in seinen positiven Bestimmungen, im wesentlichen lediglich ein Verkehrsreglement zwischen den einzelnen Rechtsgenossen, die Bedürfnisse des Verkehrs geben dem Recht seinen Inhalt und seine Zwecke. Im menschlichen Rechtsverkehr spielt von Ausnahmen abgesehen, welche diese Behauptung, wie weiter unten noch ausgeführt wird, bestätigen, weniger der Akt der Willensbildung eine Rolle, als das durch die willensbildende Tätigkeit entstandene Willensbild und dies nur insofern, als es von Einfluss ist auf rechtserhebliche Momente anderer Rechtsgenossen, soweit der Inhalt dieses Willensbildes imstande ist, einen Streit, einen Anspruch, eine Reaktion eines anderen Rechtsgenossen hervorzurufen, welche der Staat im Interesse des sozialen Friedens unterstützt. Dies ist auch das punktum saliens bei den Fällen, in welchen es für das Recht auf den Willensbildungsakt ankommt. Hier kommen, abgesehen von dem Schutz, den das Gesetz dem Willen der Bevormundeten in deren eigenem Interesse angedeihen lässt, von dem bereits die Rede war, Betrug, Zwang, Irrtum, Drohung und ähnliche Momente in erster Linie in Frage: d. h. nicht die Willensbildung im allgemeinen. sondern bestimmte, auf die Herbeiführung eines Willensbildes einflussreiche Faktoren, sie kommen, wie ihr Inhalt ohne weiteres ersichtlich macht, lediglich deshalb für das Recht in Frage, weil sie Streit erzeugend sind. Wenn ich durch Betrug zu einer Willenserklärung veranlasst bin, so habe ich, sofern ich diese Willenserklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben hätte, das Bedürfnis, die Erklärung rückgängig zu machen, wenn sie mir von Nachteil ist. Ich will den Betrüger schadenersatzpflichtig machen, kurzum, Betrug ist erfahrungsgemäss eine Quelle des Unfriedens und deshalb rechtlich beachtlich, ebenso Irrtum u. s. w. Wo aber bestimmte empirisch streiterzeugende Willensbildungselemente nicht in Frage kommen, ist das Bild des Willensinhalts für das Recht das Wesentlichere gegenüber der Art und Weise seines Zustandekommens. Eine treffende Illustration zu dieser Behauptung bildet das Recht der offenen Handelsgesellschaft.

Schon die Kommission für die Ausarbeitung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs (cf. Makower, Vorbemerkung zum 2. Buch des Allgemeinen H.G.B. XI, S. 96 No. 1a) stritt darüber, ob die offene Handelsgesellschaft ein von der Person ihrer Inhaber verschiedenes Rechtssubjekt sei, oder mit diesen identisch, ein Streit, der noch bis heute nicht in der Litteratur zur Ruhe gekommen ist. Eccius z. B. (in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 32, S. 1 bis 18) vertritt den Standpunkt, dass die offene Handelsgesellschaft eine juristische Person sei, Gareis (Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, 2. Aufl. 1900 zu § 124, S. 122 ff.) hält die offene Handelsgesellschaft für eine relativ juristische Person, die Germanisten halten sie für eine deutschrechtliche Gemeinschaft zu gesamter Hand, ähnliche Kontroversen knüpfen sich in der Theorie an das Firmenrecht des Einzelkaufmanns, ferner an das Grundstücksrecht, wer ist z. B. Rechtssubjekt der Prädialservitut, das herrschende Grundstück als juristische Person oder der Eigentümer und zahlreiche andere Beispiele. Es liegt hier kein Anlass vor, zu allen diesen Kontroversen Stellung zu nehmen, es kommt nur darauf an, auf deren Existenz hinzuweisen. Daraus ist nämlich zu entnehmen, dass das Recht das Bestreben hat, all' diesen im wirtschaftlichen Verkehr eine hervorragende Rolle spielenden Instituten auch in der Theorie gerecht zu werden, dass deren theoretische Begründung kontrovers ist, hat darin seinen Grund, dass man diese Institute dem atomistisch logischen System des durch die Naturrechtsschule gegangenen abstrakten römischen Individualprivatrechts mit seinen unvergleichlichen konstruktiven Vorzügen einzufügen versucht, ohne durch die Schranken der Systematisierungsversuche ihre wirtschaftliche Bedeutung zu verkümmern. Da dies nicht in dem gewünschten Umfange möglich ist, so bestehen die Kontroversen fort. Die Stellungnahme zu diesen Kontroversen ist m. E. eher aus der wirtschaftlichen Bedeutung und Gestaltung dieser Institute zu entnehmen, als aus den Forderungen der Systematik des Rechts trotz deren unleugbaren Vorzüge und praktischen Bedeutung für die Entscheidung sogenannter Lücken im Gesetz.

Wirtschaftlich betrachtet hat die juristische Person einen eigenen Willen, folglich hat sie ihn nach den vorstehenden Erwägungen auch rechtlich trotz der Forderung eines gesetzlichen Vertreters.

Es steht m. E. sogar im Grunde genommen nichts im Wege, der juristischen Person, in erster Linie dem rechtsfähigen Verein — ob auch der Stiftung lasse ich hier dahingestellt — einen eigenen Willen im erkenntniskritischen Sinne beizumessen: die juristische Person ist, wie oben S. 1f ausgeführt, keine einzelne physische Person, ohne Mitwirkung physischer Personen nicht imstande, Rechte auszuüben oder Pflichten zu erfüllen. Daraus würde die Folgerung zu ziehen sein, dass der rechtsfähige Personenverein willensunfähig sei, doch nur, wenn diese physischen Personen fortgedacht werden könnten, ohne dass dadurch zugleich die juristische Person selbst aufhört, zu existieren. Nun können die einzelnen in einem bestimmten Zeitpunkt der juristischen Person als Mitglieder zugehörigen Personen ausscheiden, ohne die juristische Person selbst in ihrer Lebensfähigkeit zu gefährden, aber doch nur unter der Voraussetzung, dass andere als Mitglieder in den Verein eintreten. Die Zugehörigkeit physischer Menschen zum Verein ist begrifflich ein integrierender Bestandteil des Vereins, ein Personenverein ohne Mitglieder ist begrifflich ein contradictio in adjecto. Die Mitglieder bilden den Körper des Vereins, die Organisation in der Form des Vereins das geistige Band, welches die Mitglieder zusammenhält, gewissermassen die Vereinsseele. Ein Verein ohne Mitglieder ist einem Staate ohne Volk, einer Ehe ohne Gatten zu vergleichen, ein Hirngespinst, aber kein in der Realität der Dinge konkret existierender Machtfaktor. Der Verein besteht also aus Menschen, besitzt also seinem Wesen nach einen Willen. Wer die Willensfähigkeit eines tatsächlich lebenden, nicht blos aus dem Vereinsregister als vorhanden ersichtlichen Vereins leugnet, begeht m. E. denselben Fehler, als wollte er in einem Gedicht nur Worte, in einer Oper nur Noten sehen, er nimmt die durch die fünf Sinne wahrnehmbaren Teile für das Ganze, er leugnet das Leben, weil er es nicht erklären kann.

Der tiefere Grund der ganzen Kontroverse hängt m. E. mit folgendem Umstande zusammen:

Nicht nur in der Jurisprudenz, sondern auch in anderen sogenannten Geisteswissenschaften, insbesondere den Sozialwissenschaften, in der Soziologie, Nationalökonomie, Geschichte und auch in der schöngeistigen Litteraturgeschichte ist von dem oben erwähnten geistigen Band, welches die Zeitgenossen und die auf-

einanderfolgenden Generationen geistig untereinander verbindet, die Rede, man konstruiert sich den Begriff einer Volksseele und dergleichen und versucht diese Begriffe zu analysieren. M. E. besteht ein innerer Konnex zwischen diesen Fragen und dem mit Recht bei der juristischen Person in den Vordergrund gestellten Willensproblem. Dies erhellt mit einem Schlage, wenn man sich die Frage zu beantworten sucht, welcher Gestalt ist der Wille der juristischen Person oder einer sonstigen Vereinigung von Menschen? Seit geraumen Jahrhunderten tobt der Kampf um die Frage der Willensdetermination und Willensindetermination beim Einzelmenschen. Ein einheitliches Ergebnis hat dieser Streit noch nicht gezeitigt, nicht einmal über seine Erheblichkeit herrscht Einigkeit.

Mauthner z. B. in der Zeitschrift: „Die Zukunft" vom 21. Februar 1903, S. 294 ff. insbesondere S. 303 bestreitet geradezu die Berechtigung der ratio dubitandi sowie des ganzen Problems, ähnlich Haeckel in den „Welträtseln".[1]) Auf die Frage, ob der Wille der Organisationen von Einzelmenschen, deren eine die juristische Person ist, frei oder unfrei ist, gibt es nur die einzige Antwort: der Wille der juristischen Person ist determiniert durch den Willen ihrer Organe, ihrer Mitglieder. Und gerade die Tatsache, dass die juristische Person nur einen determinierten Willen haben kann, ist der ureigenste Grund, aus dem ihre Willensfähigkeit immer und immer wieder in Abrede gestellt wird und zwar deshalb, weil das Argument als eins der hauptsächlichsten von den Indeterministen gegen die Deterministen ins Feld geführt wird, dass bei Annahme der Willensdetermination nicht nur die Willensfreiheit, sondern der Wille des Menschen überhaupt geleugnet werde, dass die Willensdetermination den Menschen zum Automaten degradiere, dem aber widerstreite die gefühlsmässige Erfahrung von der Freiheit, von der Beweglichkeit des Willens nach jeweiligem Belieben. Mit Recht ist m. E. dieses Argument von den Deterministen für nicht ausschlaggebend erachtet worden: nicht der Wille, sondern die Vorstellung von seinem Inhalt ändert

---

[1]) S. 12 der Volksausgabe: „Die Willensfreiheit ist gar kein Objekt kritischer wissenschaftlicher Erklärung, da sie als reines Dogma nur auf Täuschung beruht und in Wirklichkeit gar nicht existiert". Ähnlich S. 55.

sich nur bei Annahme der Determination gegenüber der Annahme der Indetermination.

Fasst man also den Willen der juristischen Person als determiniert auf, so wird man in der Leugnung des Willens durch die Gegner dieser Ansicht eine gewohnte Ideenassoziation aus der Geschichte der Theorie des menschlichen Willens erblicken. Eine Stellungnahme zu der Frage der Determination oder Indetermination des menschlichen Willens liegt ausserhalb des Rahmens dieses Themas.

Kein Argument gegen die Willensfähigkeit der juristischen Person liegt m. E. in dem Einwurf, dass die Repräsentanten ihres Willens selbständige Willenseinheiten bilden, Menschen mit eigner Willensfähigkeit. Es ist gerade ein Charakteristikum der sozialen Anlagen des Menschen, dass er gleichzeitig ein Mitglied mehrerer Interessensphären sein kann, diese Fähigkeit bildet ja gerade die wesentlichste Voraussetzung dafür, dass die Menschen imstande sind, sich zu Verbänden zu organisieren, gemeinschaftliche Ziele in gemeinsamer Tätigkeit zu erstreben. Jede besondere Interessensphäre bildet aber auch eine besondere Willenssphäre. Ein Konflikt der verschiedenen Interessen desselben Individuums, ein Konflikt seiner Pflichten, ist etwas durchaus Alltägliches, uns vollkommen Geläufiges.

Der einzige Einwurf den man m. E. gegen diese Ansicht erheben könnte, besteht darin, dass vom Standpunkte der Systematik des Rechts aus die Konstruktion des in einer einzigen Person vereinigten Doppelwillens zu unhaltbaren Konsequenzen führen könnte. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass das Recht in erster Linie eine praktische Wissenschaft ist, dass die Frage, ob und inwieweit die Beschaffenheit des Willens, wie sie hier bei der juristischen Person angenommen wird, auch für andere Rechtssubjekte annehmbar erscheint, für die Konstruktion des Rechtes der juristischen Person nicht von Belang sein kann, für diese kommt es nur darauf an, die Grenzen zu bestimmen, inwieweit der Wille des Repräsentanten als dessen eigener Wille rechtlich in Betracht kommt, und inwieweit er Willen der juristischen Person ist, eine Aufgabe, die dem Recht auch bei dem Institut der Stellvertretung in dessen mannigfachsten Gestaltungen geläufig ist.

Somit verbleibt es also bei dem Ergebnis, der Vorstand ist Dritten gegenüber Willensorgan des rechtsfähigen Vereins. Er ist dies, soweit er innerhalb seiner Vertretungsmacht handelt. Diese Einschränkung ist wesentlich, da er eben als Vertreter den Verein repräsentiert.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat von einer grundsätzlichen Stellungnahme zu dieser Frage Abstand genommen und deren Entwicklung der Wissenschaft und Praxis überlassen. Es hat nur positive Einzelfragen, die in der bisherigen Rechtsprechung eine hervorragende Rolle gespielt haben, wie z. B. die Haftung der juristischen Personen für die unerlaubten Handlungen ihrer Vertreter in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen durch ausdrückliche Bestimmungen geregelt. Für die Frage der Willensfähigkeit der juristischen Person und der rechtlichen Natur des Vorstandsbegriffes sind daher die positiven Regelungen des Gesetzes nicht ohne weiteres verwertbar, höchstens als Unterlage für Deduktionen, sofern deren Obersätze haltbar sind. So ist z. B. oben S. 6 § 43 des Bürgerlichen Gesetzbuchs als Argument für die Willensfähigkeit der juristischen Person herangezogen worden.

§ 3. Verhältnis von Willensorgan zur Stellvertretung.

Der Vorstand ist innerhalb seiner Vertretungsmacht Willensorgan und nicht Stellvertreter des Vereins. Das heisst: der Verein hat die Willenstätigkeit des Vorstandes innerhalb dessen Kompetenz als seine eigene Handlung anzusehen, nicht als Handlung oder Unterlassung einer anderen Person; nicht der Vorstand sondern der Verein ist der Handelnde, während bei der Stellvertretung der Stellvertreter der Handelnde ist, dagegen der Vertretene nicht nach dem B.G.B. Der Unterschied beider Begriffe ergibt sich bei der zivilrechtlichen Beurteilung unerlaubter Handlungen: Stellvertretung bei unerlaubten Handlungen ist ausgeschlossen. Begeht somit der Vorstand eine unerlaubte Handlung als Willensorgan des Vereins, so begeht der Verein die unerlaubte Handlung, er hat zivilrechtlich für eigene unerlaubte Handlung zu haften, der Vorstand indessen ist hierfür auch haftbar nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, da er als Vorstand nicht aufhört,

selbständig geschäftsfähig zu sein und infolgedessen auch keine unerlaubten Handlungen begehen darf, er verpflichtet sich selbst, da die Haftbarkeit aus unerlaubten Handlungen unabhängig von Vertragsverhältnissen ist. Fasst man dagegen den Vorstand als Stellvertreter auf, so ist die Haftung des Vereins, die in § 31 B.G.B. auch „für den Schaden“ statuiert ist, „den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes . . . durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadenersatze verpflichtende Handlung zufügt“, mithin auch für unerlaubte Handlungen eine Haftung für fremdes Verschulden.

Sodann ist der Unterschied zwischen der Auffassung des Vorstandes als Willensorgan und als Stellvertreter von Belang bei der Frage, ob § 166 Abs. 2 auf den Vorstand anwendbar ist, eine Frage, welche weiter unten bei der Erörterung des Begriffes der Stellung des Vorstandes als eines gesetzlichen Vertreters des Vereins des Näheren untersucht wird.

Ferner bei der Frage der Haftung des Vorstandes für zum Schadenersatze verpflichtende Handlungen ohne Verschulden, z. B. im Falle des § 231 B.G.B., welche ebenfalls im weiteren Verlauf der Arbeit ihre Erörterung findet.

Dagegen sind andererseits zwischen beiden Begriffen mancherlei Berührungspunkte vorhanden, umsomehr, als das Institut der Stellvertretung im B.G.B. nach der Repräsentationstheorie geregelt ist: § 166 Abs. 1: „Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht.“ Der tatsächliche Inhalt der Tätigkeit und deren rechtliche Folgen sind, abgesehen von deu obenerwähnten Punkten, durchaus dieselben, mag man den Vorstand als Vertreter oder als Willensorgan des Vereins, in dieser Funktion mit dem Verein identische Person ansehen, d. h. für das hier allein in Frage kommende Zivilrecht.

Fasst man den Vorstand nicht als Stellvertreter, sondern als Willensorgan des Vereins auf, so fehlt es im B.G.B. an besonderen Rechtssätzen für die in den §§ 164 bis 166 Abs. 1 geregelten Fragen. Diese Paragraphen sind daher dann analog auf die Wirkung der innerhalb der Vertretungsmacht vom Vorstand abgegebenen Willenserklärungen und deren Folgen anzuwenden.

§ 4. Vorstand in der Stellung eines gesetzlichen Vertreters.

Über den Inhalt der Vertretungsmacht des Vorstandes findet sich in § 26 B.G.B. des Weiteren die Bestimmung: „der Vorstand hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters.“

Ausweislich der Materialien ist diese Fassung absichtlich gewählt an Stelle des Wortlautes des ersten Entwurfes: „der Vorstand ist gesetzlicher Vertreter des Vereins,“ weil das B.G.B. die Frage der Geschäftsfähigkeit des Vereins unentschieden lassen wollte und die Redaktoren der Ansicht waren, dass aus der Fassung des ersten Entwurfs Geschäftsunfähigkeit gefolgert werden müsste.

Tatsächlich besagt aber diese Gesetzesvorschrift, wie oben S. 6 bereits ausgeführt, weiter nichts, als dass das Bürgerliche Gesetzbuch die Einrichtung eines Vorstandes für den rechtsfähigen Verein obligatorisch macht, ohne dass sie über den Inhalt seiner Befugnisse etwas enthält. „Gesetzlicher Vertreter ist der Vorstand“ heisst nur, in allen Fällen, in denen der gesetzliche Vertreter handeln muss, sind diese Funktionen vom Vorstand auszuüben, so z. B. ist er der Träger der Prozessfähigkeit des Vereins nach §§ 51 C.P.O., diese Prozessfähigkeit ist nach § 56 von Amtswegen zu berücksichtigen, sodann kann der Vorstand als gesetzlicher Vertreter von Amtswegen nach § 102 C.P.O. zur Tragung der durch grobes Versehen verursachten Kosten verurteilt werden, ferner hat er nach § 473 C.P.O. die Parteieide zu leisten, und zwar diejenige Person, welche im Zeitpunkte der Eidesleistung als Vereinsvorstand fungiert.

Im Anschluss hieran sei, wie bereits S. 14 angedeutet, noch erörtert, ob § 166 Abs. 2 für den Vorstand des rechtsfähigen Vereins gilt.

§ 166 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches lautet:

„Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen. Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen musste, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht.“

Zweifelsohne ist die Bestellung des Vorstandes durch die Mitgliederversammlung ein Rechtsgeschäft, wenn auch hinsicht-

lich dessen juristischer Konstruktion eine befriedigende Lösung noch nicht gefunden ist: es fällt nicht unter die Typen der zivilrechtlichen Institute, immerhin ist es ein auftragsähnliches Verhältnis, da niemand einen gesetzlichen Anspruch darauf hat, Vorstand eines Vereins zu werden, noch seine Bestellung durch eine amtliche Behörde erfolgt, von dringenden Ausnahmefällen abgesehen, in denen der Verein es auch in der Hand hat, den von Amtswegen bestellten Vorstand durch einen auf Grund eigener Wahl bestellten alsbald zu ersetzen; ein öffentlich rechtliches Amt ist die Stellung des Vorstandes jedenfalls nicht; sie ist gemeinrechtlich ausgedrückt, ein Quasimandat, durch welches der Vorstand eine Art Generalvollmacht für den Verein erhält.

§ 166 Abs. 2 müsste daher auf den Vorstand Anwendung finden.

Nun hat aber der Vorstand die Stellung eines gesetzlichen Vertreters, d. h. einer Person, deren Vertretungsmacht nicht auf einer Erteilung durch Rechtsgeschäft, sondern auf Gesetz beruht: der Vater, der Vormund, schliessen mit den von ihnen vertretenen Minderjährigen keinen Vertrag ab, auf Grund dessen sie gesetzliche Vertretungsmacht erlangen, sondern sie haben die Vertretungsmacht ipso jure als Vater, als Vormund; zudem hat das Mündel dem Vormund keine Weisungen zu erteilen, vielmehr umgekehrt der Vormund dem Mündel. Wollte man daher die für den gesetzlichen Vertreter eines bevormundeten physischen Menschen geltenden Sätze auch dem Vorstand gegenüber, der ja „die Stellung eines gesetzlichen Vertreters“ nach dem B.G.B. § 26 hat, konsequent anwenden, so dürfte § 166 Abs. auf den Vorstand keine Anwendung finden.

Ebenso lässt sich die Frage nach beiden Richtungen entscheiden, wenn man den Zweck der Bestellung zum Vorstand ins Auge fasst:

Der Vorstand wird im Interesse der Verkehrsfähigkeit des Vereins bestellt. Der Dritte soll sich um die inneren Verhältnisse des Vereins nicht zu kümmern brauchen.

Wie im Anwaltsprozess das Gericht nur mit den Anwälten verhandelt, so soll der Dritte nur mit dem Vorstand zu ver-

handeln brauchen nnd verhandeln müssen, abgesehen von der Bestellung besonderer Vertreter u. s. w., die nach B.G.B. § 30 u. a. zulässig ist. Folglich gehen den Dritten die Interna des Vereins nichts an und er hat sich um Weisungen des Vereins nicht zu kümmern, ergo kann der Vorstand anfechten und § 166 Abs. 2 findet auf ihn keine Anwendung.

Dagegen ist wiedernm einzuwenden: nur zu seinem Schutze ist der Dritte an den Vorstand gewiesen, nicht zu seinem Schaden, folglich findet § 166 Abs. 2 doch wiederum Anwendung -- eine logische Zwickmühle, weil der Begriff der gesetzlichen Vertretung im Zivilrecht nicht einheitlich durchgebildet ist. M. E. findet § 166 Abs. 2 B.G.B. auch auf den Vorstand des rechtsfähigen Vereins Anwendung, seine Stellnng als Vorstand hat er durch ein Zivilrechtsgeschäft erlangt, etwa wie der Prokurist eines kaufmännischen Geschäfts die ihm handelsgesetzlich zugewiesenen Kompetenzen, selbst zu der Übernahme eines Vorstandsamtes, zu dem man durch den Richter bestellt ist, ist niemand verpflichtet, es besteht keine öffenlich rechtliche Pflicht für irgend welche Person, Vorsteher des rechtsfähigen Vereins X zu werden.

Schliesst man sich diesen Ausführungen nicht an, so ist man gezwungen, aus den übrigen Tatumständen ausschlaggebende Momente zu suchen, z. B. liegt es nahe, den indessen mit Vorsicht anzuwendenden § 826 B.G.B., die Annahme illoyaler Handlnng hier für gegeben zu erachten, die in der Anfechtung u. s. w., erblickt werden kann; ob diese Annahme aber immer begründet ist, erscheint mir zweifelhaft; es kommt auf die Lage des Falles an. Es ist hierbei aber noch ein weiteres Moment zu berücksichtigen:

Unter dem Gesichtspunkte der illoyalen Handlnng würde die Anfechtung aus § 166 Abs. 2 B.G.B. ausgeschlossen sein, wenn man den Vorstand als Stellvertreter und nicht als Willensorgan des Vereins ansieht. Ist der Vorstand Stellvertreter des Vereins, dann ist er Stellvertreter eines Willensunfähigen, eines fingierten Rechtssubjekts. Ein fingiertes Rechtssubjekt kann aber auch nicht etwas kennen oder kennen müssen, ebensowenig Weisungen erteilen.

§ 5. Weitere Beziehungen zwischen Vorstand und Verein.

a. Rechtsstellung des Vorstandes nach innen.

1) Nach § 27 Abs. 1 B.G.B. wird der Vorstand, wie bereits erwähnt, durch Beschluss der Mitgliederversammlung bestellt, die Bestellung ist jederzeit widerruflich, indessen kann die Widerruflichkeit durch die Satzung auf den Fall beschränkt werden, dass ein wichtiger Grund für den Widerruf vorliegt.

Über die Frage, ob der Vorstand sein Amt jederzeit niederlegen kann, hat das B.G.B. keine ausdrückliche Entscheidung getroffen. Ich würde § 671 B.G.B. welcher dies für den Auftrag gestattet, wofern es nicht ohne wichtigen Grund zur Unzeit geschieht — in diesem Falle wird Schadenersatz statuiert —, hier ebenfalls analog für anwendbar halten, umsomehr, da einerseits kein Anlass vorliegt, den Vorstand nach dieser Richtung hin dem Verein gegenüber ungünstiger zu stellen, wie den Verein ihm gegenüber und insbesondere andererseits eine Antwort wohl kaum für die Frage gefunden werden könnte, worin denn die Schranken für die Kündigung durch den Vorstand liegen sollten, wenn über diesen Punkt zwischen Vorstand und Verein nichts vereinbart ist und die Satzung auch darüber schweigt. Soll dann der Vorstand, falls es dem Verein so gefällt, ewig Vorstand bleiben müssen? Nicht zur Parallele herangezogen werden können die Bestimmungen des § 231 H.G.B. für den Vorstand der Aktiengesellschaft, obwohl auch dort in dieser Hinsicht eine Kontroverse besteht (cf. Staub zu § 231 des neuen H.G.B.). M. E. besteht zwischen dem Vorstande der Aktiengesellschaft und dem des Vereins insofern ein wesentlicher Unterschied, weil der Vertrag zwischen Vorstand und Aktiengesellschaft über die Bestellung zum Vorstand im Zweifel als Dienstvertrag (Gareis S. 219 Anm. 8) und nicht als Vertrag sui generis behandelt wird, weil es nämlich die Regel bildet, dass der „Direktor“ einer Aktiengesellschaft lucri faciendi causa diese Stellung bekleiden wird und für diesen die Kündigungsvorschriften des Dienstvertrages § 620 ff. B.G.B. Anwendung finden.

b. Sonstige gesetzliche Bestimmungen über Vorstand und Verein.

2) Neben dem Verein kann auch das Amtsgericht in dringenden Fällen für die Zeit bis zur Hebung des Mangels auf Antrag eines

Beteiligten den Vorstaud bestellen, falls es an den erforderlichen Mitgliedern des Voistandes fehlt.

3) Nach § 30 B.G.B. kanu durch die Satzung bestimmt werden, dass neben dem Vorstande für gewisse Geschäfte besondere Vertreter zu bestelleu sind.

Weitere Bestimmungen über die Rechtsstellung des Vorstandes enthält das B.G.B. § 42: „Der Vorstand hat im Falle der Überschuldung die Eröffnung des Konkurses zu beantragen. Bei Verzögerung des Antrages sind die Vorstandsmitglieder, denen ein Verschulden zur Last fällt, den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich; sie haften als Gesamtschuldner.“ Aus dieser gesetzlichen Bestimmung erhellt unzweideutig, dass der Vorstand zum Schutze der Dritten, hier der Gläubiger vom Gesetze gefordert wird. Denn hier werden sogar dem Vorstand besondere Pflichten gegeu die Gläubiger des Vereins auferlegt, wie sie eine physische Person gegen seine Gläubiger nicht hat und noch weniger der Vormund gegenüber den Gläubigern seines Mündels.

§ 43 bestimmt, dass dem Vereiu die Rechtsfähigkeit entzogen werden kann, wenn er durch gesetzwidriges Verhalten des Vorstandes das Gemeinwohl gefährdet.

Die §§ 48—53 enthalten die Vorschriften über die Pflichten des Vorstandes bei der Liquidation des Vereins. Zu besonderen Zweifelsfragen gibt die Fassung dieser Paragraphen keinen Anlass.

§§ 59 ff. bestimmen die Funktionen des Vorstandes eines durch Eintragung rechtsfähigen Vereins. Bei dieseu gesetzlichen Bestimmungen ist Folgendes zu beachten: Da nach § 21 B.G.B. der Verein erst durch die Eintragung Rechtsfähigkeit „erlangt“, so lässt sich vor der Eintragung im Grunde genommen nicht von einem Verein und nicht von einem Vorstand sprechen. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt zwar in § 54 den nicht rechtsfähigen Verein, aber es enthält keine Bestimmung darüber, ob der Verein vor der Eintragung als nichtrechtsfähiger Verein existieren muss und ferner keine Bestimmungen darüber, ob man bei einem nichtrechtsfähigen Vereine von einem Vorstand im Rechtssinne reden kann. Das Letztere ist m. E. mit Rücksicht auf § 26 B.G.B. geradezu zu verneinen. Der nichtrechtsfähige Vereiu braucht keinen Vorstand zu haben, er wird ja gemäss § 54

als Gesellschaft behandelt, der Vorstand des nichtrechtsfähigen Vereins ist nicht dessen gesetzlicher Vertreter, sondern ausschliesslich dessen vertragsmässiger Stellvertreter mit der Modifikation des § 54 Abs. 2, dass „aus einem Rechtsgeschäfte, das im Namen eines solchen Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, der Handelnde persönlich haftet; mehrere Handelnde als Gesamtschuldner. Der § 50 Abs. 2 der Zivilprozessordnung, nach welchem „ein Verein, der nicht rechtsfähig ist, verklagt werden kann und im Rechtsstreite die Stellung eines rechtsfähigen Vereins hat“, gilt nur für den Prozess.

Das Bürgerliche Gesetzbuch antizipiert somit in den §§ 59 ff. die Rechte und Pflichten des Vorstandes eines bereits rechtsfähigen Vereins für den in Aussicht genommenen Vorstand eines sich um die Rechtsfähigkeit bewerbenden Vereins. Ich folgere hieraus, dass der Vorstand legitimiert ist, den Verein genau so wie gemäss § 26 B.G.B. nach § 60 Abs. 2 und § 62 „gerichtlich zu vertreten“. Ich erachte den Vorstand für aktiv legitimiert. Es bedarf m. E. bei Einlegung der sofortigen Beschwerde oder der Klage nach § 62 Abs. 2 nicht der Mitwirkung sämtlicher Mitglieder. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Vorstand nur Pflichten haben soll, den Verein gerichtlich zu vertreten, (§ 59), weshalb es für den Verein rechtserheblich sein soll, wenn nur dem Vorstand nach § 62 vom Einspruch der Verwaltungsbehörde Mitteilung gemacht wird und weshalb für den Fall, dass der Vorstand, der nach § 59 „den Verein zur Eintragung anzumelden hat, d. h. anmelden muss, nun mit einem Male mit dem Hinweis darauf, dass der Verein ja noch gar nicht rechtsfähig sei, bei Weiterverfolgung der Rechte des Vereins seine Aktivlegitimation sich bemängeln lassen müsste.

Von den Beziehungen, welche zwischen dem Vorstand und dem Vereinsregister obwalten, handeln die §§ 64 ff., auf welche verwiesen wird:

Das Vereinsregister geniesst nicht die publica fides des Grundbuchs, § 79 B.G.B. steht dem nicht entgegen, so dass, wer im Vertrauen auf den Inhalt des Vereinsregisters mit dem Vorstand Rechtsgeschäfte vornimmt, nur nach Massgabe des § 68 B.G.B. geschützt wird, dagegen nicht, wenn z. B. eine als Vorstand in das Vereinregister eingetragene Person, die aber nicht oder nicht mehr Vorstand ist, „durch eine in Ausführung der ihm zustehenden

Verrichtung begangene, zum Schadenersatze verpflichtende Handlung den Dritten Schaden zufügt.“ Der Verein kann dann sagen, er lehne seine Haftung ab, der Verursacher des Schadens ist nicht oder nicht mehr Vorstandsmitglied, ihm stehen keine Verrichtungen für den Verein zu, § 31 B.G.B. schützt den Dritten nicht.

Der § 69: „Der Nachweiss, dass der Vorstand aus den im Register eingetragenen Personen besteht, wird Behörden gegenüber durch ein Zeugnis des Amtsgerichts über die Eintragung geführt“ weist seinem Wortlaute nach nicht darauf hin, dass das Zeugnis des Amtsgerichts Behörden gegenüber eine praesumtio juris et de jure für die Richtigkeit seines Inhaltes bildet. Das ist daher zu verneinen, Gegenbeweis ist zulässig.

Wie sich der Vorstand Privatpersonen gegenüber zu legimitieren hat, darüber sind keine Vorschriften im B.G.B. enthalten. Es ist daher jedem, der mit dem Verein in Rechtsverkehr tritt, selber überlassen, wie er sich die Überzeugung verschafft, ob der ihm gegenüber als Vorstand Auftretende auch tatsächlich der Vorstand ist. Immerhin wird er durch die Satzung gemäss § 68 geschützt.

Keinerlei Schwierigkeiten für das Verständnis bieten die §§ 73 bis 78 B.G.B. über die Funktion des Vorstandes bei Auflösung des Vereins, Entziehung der Rechtsfähigkeit, Liquidation, Anmeldungsformvorschriften und Ordnungsstrafgewalt des Amtsgerichts gegenüber dem Vorstand. Es wird auf den Wortlaut dieser Gesetzesparagraphen verwiesen.

§ 6. Doppelstellung des Vorstands als Willensorgan des Vereins und als selbständiges Rechtssubjekt. Konsequenzen.

In den vorstehenden Erörterungen ist die Rechtsstellung des Vorstandes nach aussen und nach innen betrachtet worden, und zwar soweit diese beiden Seiten der Rechtsstellung einer isolierten Betrachtung zugänglich waren.

Im Folgenden ist die Rede von den gemeinschaftlichen Beziehungen, die sich aus der Stellung des Vorstandes gleichzeitig sowohl nach innen wie nach aussen ergiebt.

Zum Ausgangspunkt der Betrachtung wähle ich die Doppelstellung des Vorstandes als Willensorgan und als selbständiges Rechtssubjekt mit den sich kreuzenden Interessen, die ein Inei-

nandergreifen der Beziehungen des Vorstandes nach innen und nach aussen zur Folge haben.

Der Ausgangspunkt für diese Frage ist die Ausübung der Vertretungsmacht des Vorstandes.

§ 7: § 181 B.G.B.

Hierher gehört zuerst der Fall des § 181 B.G.B., nach welchem „der Vertreter eines anderen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten salvo contractu ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen kann, ausser wenn das Rechtsgeschäft ausschliesslich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht." Dieser Paragraph findet auf das Verhältnis des Vorstandes zum Verein Anwendung. Will der Vorstand mit dem Verein z. B. ein Kaufgeschäft abschliessen, so muss der Verein durch einen besonderen, eventuell durch das Amtsgericht zu bestellenden Vertreter mit ihm das Geschäft abschliessen, so dass der Vorstand in diesem Falle dem Verein gegenüber die Stellung eines Dritten hat.

§ 8: § 31 B.G.B.

§ 31 B.G.B. bestimmt, dass der Verein für den Schaden verantwortlich ist, den der Vorstand oder ein Mitglied des Vorstandes durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadenersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.

Auf den Begriff „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen" einzugehen liegt hier kein Anlass vor. Diese Handlungen können auch Unterlassungen sein, wenn nämlich eine Verpflichtung zum Handeln vorliegt.

Sodann können diese Handlungen oder Unterlassungen auf Verschulden bei Vorliegen eines Vertragsverhältnisses beruhen, auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit, sie können eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. B.G.B. darstellen und können eine kraft gesetzlicher Bestimmung ohne Verschulden und ohne Deliktscharakter zum Schadenersatz verpflichtende Handlung sein, wie z. B. § 231 B.G.B.

Nach § 164 B.G.B. wird durch die Handlung des Vorstandes innerhalb seiner Vertretungsmacht nur der Verein berechtigt und verpflichtet, dagegen nicht der Vorstand. Daraus ergibt sich:

Sobald eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung oder Unterlassung eine Vertragsverletzung darstellt, haftet dem Dritten nur der Verein, der Dritte hat keinen Anspruch gegen den Vorstand. Dagegen hat der Verein, dem gegenüber der Vorstand in einem auftragsartigen Verhältnis steht, nach § 276 B.G.B. („Der Schuldner hat, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten . .") einen Regressanspruch gegen den Vorstand, wenn die Schadenersatzpflicht durch dessen Vorsatz oder Fahrlässigkeit entstanden ist. Stellt sich die die Schadenersatzpflicht begründende Handlung oder Unterlassung des Vorstandes als unerlaubt dar, dann hat der Vorstand auch dem Dritten dafür zu haften, weil niemand eine unerlaubte Handlung begehen darf, sei es, in welcher Rechtstellung er sich befindet.

Nach § 31 haftet der Verein in voller Höhe dem Dritten, aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung haftet der Vorstand dem Dritten in voller Höhe, folglich hat der Dritte das Recht, von jedem der beiden Schuldner den gesamten Betrag seines Schadens ersetzt zu verlangen. Vorstand und Verein sind daher nach § 421 B.G.B. (Schulden mehrere eine Leistung in der Weise, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist [Gesamtschuldner], so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teile fordern") dem Dritten gegenüber Gesamtschuldner.

Für das Verhältnis zwischen Vorstand und Verein unter einander kommt es darauf an, ob der Vorstand im Auftrage des Vereins gehandelt hat. In diesem Falle ist seine Handlungsweise dem Verein gegenüber nicht rechtswidrig, es sei denn, dass der Auftrag auf seine Veranlassung hin ihm erteilt worden ist. Andernfalls haftet er auch dem Verein gegenüber nach § 276 B.G.B. wegen Vorsatzes oder Fahrlässigkeit.

§ 9. Haftung bei Schadenersatzpflicht wegen nicht rechtswidriger Verursachung.

Zweifelhaft könnte sein, ob der Vorstand auch dem Dritten oder dem Vereine gegenüber zu haften hat in den Fällen, wo die Schadenersatzpflicht eintritt ohne Vertragsverhältnis und ohne

Verschulden kraft positiver Gesetzesvorschrift z. B. in §§ 231[1]), 904[2]) usw. Diese Handlungen sind zwar nicht unerlaubt, aber sie stehen den unerlaubten ihrem Charakter nach sehr nahe. Im Grunde genommen haben sie denselben Tatbestand, wie unerlaubte Handlungen. Nur ist die Rechtswidrigkeit aus besonderen Gründen ausgeschlossen, gewissermassen ausnahmsweise, weil es sich in diesen Fällen um aussergewöhnliche Situationen handelt, in denen schleunige Tat erforderlich ist und die betreffenden Personen sich im Augenblick gar nicht anders zu helfen wissen, als durch Schädigung Anderer.

An die Verursachung knüpft sich hier die Schadenersatzpflicht und es wäre nur konsequent, den Handelnden genau so wie bei der unerlaubten Handlung hierfür den Verletzten gegenüber haftbar zu machen, zumal da er ja der Verursachende ist.

Die Haftbarkeit des Vorstandes dem Verein gegenüber für den Fall, dass der Verein aus § 231 B.G.B. z. B. in Anspruch genommen wird, hängt davon ab, ob §§ 664, 665 oder 276 B.G.B. der Sachlage entspricht.

Es kann sogar hierbei in Frage kommen, ob der Vorstand wegen seiner Haftung Dritten gegenüber aus § 231 B.G.B. und dgl. nicht gegen den Verein nach § 670 B.G.B. Regressansprüche hat. Dies richtet sich ebenfalls danach, ob §§ 664 oder 665 B.G.B. anwendbar ist und ob den Vorstand selbst bei Erteilung der an ihn gerichteten Weisungen ein Verschulden trifft.

Für ausgeschlossen erachte ich die Haftung des Vorstandes Dritten gegenüber, wenn die schuldlose Handlung nur infolge eines bestimmten Rechtsverhältnisses eine Schadenersatzpflicht begründet, z. B. ein Besitzer hat als solcher wegen einer Handlung oder Unterlassung Schadenersatz zu leisten, z. B. im Falle

[1]) § 231 B.G.B.: Wer eine der im § 229 (Selbsthilfe) bezeichneten Handlungen in der irrigen Annahme vornimmt, dass die für den Ausschluss der Widerrechtlichkeit erforderlichen Voraussetznngen vorhanden seien, ist dem andern Teile zum Schadenersatze verpflichtet, auch wenn der Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht.

[2]) § 904 B.G.B.: Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden nnverhältnismässig gross ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen.

des § 836 B.G.B. Hier tritt der Charakter der unerlaubten Handlungsweise des Vorstandes noch mehr zurück, sofern der Vorstand den Besitz für den Verein ausübt. Indessen ist zuzugeben, dass sich eine grundsätzliche Grenze zwischen diesem und dem vorigen Falle nicht ziehen lässt, es handelt sich nur um ein Mehr oder Minder. Der Tatbestand des § 836 wird vom System des B.G.B. geradezu als unerlaubte Handlung charakterisiert, obwohl ein Besitzer mitunter gar nicht in der Lage sein wird, zu beurteilen, ob ein Gebäude fehlerhaft errichtet oder mangelhaft unterhalten ist. Indessen überwiegt der Verursachungs-, der Erfolgscharakter.

§ 10. Ueberschreitung der Vertretungsmacht des Vorstandes.

Eine weitere Frage gehört in den Rahmen dieser Erörterungen: wie sind die Interessenkollisionen zwischen Verein, Vorstand und Dritten rechtlich zu behandeln, die aus der Überschreitung der Vertretungsmacht des Vorstandes sich ergeben können:

Zwei Fälle sind zu unterscheiden: Der Vorstand überschreitet die ihm von dem Verein gegebenen Weisungen, hält sich aber in den Grenzen der durch die Satzung ihm gewährten Vertretungsmacht:

In diesem Falle ensteht nur eine Haftung des Vorstandes gegenüber dem Verein, so weit nicht § 665 B.G.B. Platz greift und so weit nicht der Verein diese Überschreitung billigt. Der Vorstand überschreitet seine satzungsgemässe Befugnis: dann vertritt er nicht den Verein, sondern er handelt als Vertreter ohne Vertretungsmacht, und die Grundsätze der negotiorum gestio §§ 177 bis 180 B.G.B. finden dem Dritten gegenüber Anwendung, §§ 677—687 für das Verhältnis des Vorstandes zum Verein.

Dem Dritten gegenüber gilt das Geschäft nur, wenn der Verein es genehmigt. Da der Verein Dritten gegenüber nur durch den Vorstand vertreten wird, so muss die Genehmigung durch den Vorstand dem Dritten erklärt werden. Der Dritte hat sich somit auf eigene Gefahr zu vergewissern, ob die vom Vorstand behauptete Genehmigung erfolgt ist. § 31 schützt den Dritten nicht, da dieser Paragraph zur Voraussetzung hat, dass der Vorstand innerhalb seiner Kompetenz sich bewegt.

Ausgeschlossen ist es nicht, dass unter Umständen der Verein aus § 278 B.G.B. haftbar gemacht werden könnte, nämlich in dem Falle, wo zwischen dem Vereine und dem Dritten bereits ein Vertragsverhältnis besteht und der Vorstand, der ja die Stellung eines gesetzlichen Vertreters des Vereins bekleidet, in dieses Vertragsverhältnis sich einmischt, obwohl dies sein Ressort übersteigt. Es kann z. B. für diese Angelegenheiten ein besonderer Vertreter des Vereins bestellt sein. Z. B. ein Verein verpflichtet sich, seinen ganzen Bedarf an Kohlen für den nächsten Winter bei X. zu decken. Für die Ausgaben des Vereins ist dessen Vorsteher A. satzungsgemäss zuständig; jetzt trifft das Vorstandsmitglied B., der Vereinssyndikus, der satzungsgemäss nur vor Gericht auftreten darf, den X. auf der Strasse. X. fordert ihn auf, die vertragsmässigen Kohlen abzurufen, darauf erwidert B.: Schicken Sie in das Vereinshaus einen Wagen Steinkohlen. Die Lieferung kommt an, der Verein verweigert die Annahme. B. ist satzungsgemäss nicht zu seiner Vertretung nach dieser Richtung hin befugt. Dann greift m. E. § 278 B.G.B. ein, B. hat ein Verschulden begangen, indem er, sei es vorsätzlich, sei es fahrlässig, seine Vertretungsmacht überschritt. („Der Schuldner hat ein Vorschulden seines gesetzlichen Vertreters“ bei Erfüllung seiner Verbindlichkeiten „in gleichen Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden.“)

Ausgeschlossen ist in diesem Falle die Haftung des Vereins, wenn § 179 Absatz 3 Anwendung findet: „wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste.“ Dieses „Kennenmüssen“ wird dann anzunehmen sein, wenn die Unkenntnis des Dritten auf Fahrlässigkeit beruht (§ 68). In diesem Falle liegt konkurrierendes Verschulden des Dritten vor, eine der des § 254 B.G.B. ähnliche Situation, der Vertreter haftet nicht, der Verein auch nicht, die Kohlen gehen zurück und der Kohlenhändler hat den Schaden.

Abgesehen von diesem Falle, wo ein Vertragsverhältnis zwischen Verein und dem Dritten besteht und § 278 Anwendung finden kann, greifen bei Ueberschreitung der satzungsgemässen Vertretungsmacht die Sätze der negotiorum gestio Platz, ohne dass § 278 oder § 31 den Dritten schützt, da § 278 ein bereits bestehendes Vertragsverhältnis zwischen dem Vereine und dem Dritten zur Voraussetzung hat.

§ 11. Stellvertreter des Vorstandes.

Eine weitere hierher gehörige Frage besteht darin, ob der Vorstand sich der Stellvertreter oder Gehilfen zur Erfüllung seiner Obliegenheiten bedienen darf, welche Rechtsverhältnisse hieraus für die Beteiligten entstehen, ferner welche Rechtsverhältnisse, wenn er sich des Stellvertreters oder Gehilfen satzungswidrig bedient und schliesslich, ob es zulässig ist, dass ein Dritter für den Vorstand negotiorum gestio treibt und welche Rechtsfolgen daraus entstehen.

Vier Personen kommen hier in Frage: der Gegenkontrahent, der Verein, der Vorstand und dessen Stellvertreter der negotiorum gestio.

§ 644 B.G.B. lautet: „Der Beauftragte darf im Zweifel die Ausführung des Auftrages nicht einem Dritten übertragen. Ist die Übertragung gestattet, so hat er nur ein ihm bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden zn vertreten. Für das Verschulden des Gehilfen ist er nach § 278 B.G.B. verantwortlich."

Dieser Satz gilt zunächst nur für das Verhältnis des Vorstandes zum Verein, dagegen nicht für das Verhältnis des Vorstandes zum Dritten. Für dieses Verhältnis gilt allgemein der Satz, dass Stellvertretung zulässig ist, so weit nicht aus der Natur der Sache oder aus positiven gesetzlichen Bestimmungen das Gegenteil gefolgert werden kann.

Salvo statuto kann also der Vorstand mit Wirkung gegen Dritte sich der Stellvertreter und Gehilfen bedienen.

1. Fall: Der Vorstand handelt innerhalb seiner Instruktion: es ist ihm gestattet, sich der Stellvertreter und Gehilfen zu bedienen: dann haftet er dem Verein gegenüber nur für Verschulden bei der Übertragung nach § 664.

Für den Stellvertreter ergibt sich Folgendes: Er hat Anspruch gegen den Verein, weil der Vorstand mit ihm als Vorstand im Namen des Vereins gehandelt hat. Der Vertrag, durch den die Pflicht zur Stellvertretung übernommen ist, verpflichtet den Verein nach § 164 B.G.B.

Der Stellvertreter vertritt den Vorstand in der Vertretung des Vereins, er vertritt also beide, Vorstand und Verein.

Handelt der Stellvertreter innerhalb seiner Vertretungsmacht, in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen und begeht er hierbei eine zum Schadenersatze verpflichtende Handlung, so findet § 31 B.G.B. keine Anwendung, da der Vertreter nicht verfassungsmässig, d. h. der Satzung entsprechend den Verein vertritt, sondern auf Grund eines nur von der Mitgliederversammlung gebilligten Abkommens mit dem Vorstand. Für die Haftung des Vereins dem Gegenkontrahenten gegenüber findet nur § 278 B.G.B. Anwendung und unter den dort angegebenen Voraussetzungen § 831.

Eine Haftung des Vereins für den Vertreter des Vorstandes aus §§ 30, 31 B.G.B. findet statt, wenn der Vertreter auf Grund der Satzung, sei es durch den Verein der Generalversammlung oder durch den Vorstand bestellt worden ist und sein Namen und seine Befugnisse aus der Satzung hervorgehen, wie dies z. B. bei den sogenannten Generalsekretären häufig der Fall ist.

Der Vorstand haftet dem Dritten überhaupt nicht: aus § 278 nicht, weil er nicht Schuldner des Dritten ist, Schuldner ist der Verein; aus § 831 nicht, weil er nicht Geschäftsherr ist, Geschäftsherr ist ebenfalls der Verein. § 831 regelt nicht die Haftung für eigene unerlaubte Handlungen der Gehilfen und Stellvertreter, andernfalls würde man zu dem Ergebnis gelangen, dass der Vorstand aus § 831 haftet.

Aus § 831 Absatz 2 haftet er auch nicht, weil der Vorstand hier nicht die Verrichtungen für den Verein besorgt, d. h. dafür sorgt, dass die ihm aufgetragenen Obliegenheiten ausgeführt werden, z. B. die erforderlichen Materialien herangeschafft u. s. w., sondern er bestellt nur als gesetzlicher Vertreter des Geschäftsherrn den Gehilfen.

Der Stellvertreter haftet für eigene zum Schadenersatz verpflichtende, z. B. unerlaubte Handlungen, so weit sie nicht solche Handlungen sind, welche lediglich wegen eines zu Grunde liegenden Vertragsverhältnisses einen Schadenersatzanspruch erzeugen. In diesem Falle haftet der Vertreter nur dem Verein, dagegen nicht dem Dritten, denn diesem gegenüber ist er nicht Schuldner, da zwischen dem Vertreter und dem Dritten kein Vertragsverhältnis besteht und der Vertrag zwischen den Vertretern und dem Vertretenen nicht als Vertrag zu Gunsten des

Dritten aufgefasst werden kann. § 166 Abs. 2 findet auf den Vertreter des Vorstandes Anwendung.

In den Fällen des §§ 231, 904 u. s. w. haftet der Stellvertreter auch dem Dritten, aber er wird nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis einen Regressanspruch gegen den Verein für diese Haftung haben.

Überschreitet der Vertreter seine Vertretungsmacht, dann ist er negotiorum gestor des Vorstandes und die Verträge, die er für den Verein ohne Vertretungsmacht abschliesst, sind für den Verein wirksam, wenn der Vorstand, den der negotiorum gestor hier vertreten will, seine Genehmigung hierzu erteilt, so weit dies in dessen satzungsgemässer Kompetenz liegt. Überschreitet diese Genehmigung auch die satzungsgemässe Befugnis des Vorstandes, dann bedarf wiederum der Vorstand der Genehmigung des Vereins, um den Vertrag des negotiorum gestor zu genehmigen.

Bestellt der Vorstand einen Vertreter innerhalb seiner satzungsgemässen Vertretungsmacht, aber ausserhalb der ihm vom Verein zugestandenen Weisungen, dann hat der Vorstand für den Vertreter nach § 278 dem Verein gegenüber zu haften. Es ist seine Verbindlichkeit dem Verein gegenüber, die Handlungen selber vorzunehmen, er ist somit Schuldner des Vereins und bedient sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten dem Verein gegenüber einer anderen Person. Freilich haftet er für das Verschulden des Vertreters nur so weit, wie für eigenes Verschulden, d. h. für Verschulden in Ausführung und nicht bei Gelegenheit der Ausführung der ihm aufgetragenen Verrichtungen. Ausserdem haftet er nach § 831 als Geschäftsherr des Stellvertreters dem Verein gegenüber. Im Verhältnis Dritten gegenüber ist dagegen, da der Vorstand innerhalb seiner satzungsmässigen Vertretungsmacht gehandelt hat, dieser Fall ebenso zu entscheiden, wie wenn der Vorstand innerhalb seiner Instruktion gehandelt hätte; ebenso dem Stellvertreter gegenüber, da er ja diesem gegenüber auch innerhalb seiner satzungsgemässen Befugnis gehandelt hat, und dem Stellvertreter haftet dann auch der Verein nach § 31.

Bestellt der Vorstand unter Überschreitung seiner satzungsgemässen Befugnis einen Stellvertreter, dann finden die Sätze über die negotiorum gestio hinsichtlich der Beziehungen des Vereins zum Dritten und zum Stellvertreter Anwendung. Der

Stellvertreter ist aber nicht negotiorum gestor des Vorstandes, sondern er vertritt ihn. Er kann sich also bei Nichtgenehmigung seiner Vertretungshandlungen ausschliesslich an den Vorstand halten. Der Verein haftet dem Vertreter für seine Ansprüche aus dem der Vertretung zu Grunde liegenden, mit dem Vorstande abgeschlossenen Vertrage wiederum nach § 278 in dem bereits erörterten Umfange.

II. Teil: Die für den aus einer Mehrheit von Personen bestehenden Vorstand eines rechtsfähigen Vereins ausschliesslich geltenden Rechtssätze.

§ 12. Vorbemerkung.

Die Ausführungen des ersten Teiles dieser Arbeit enthalten die Prinzipien, auf denen das Vorstandsrecht des B.G.B. beruht. Eine Erörterung derselben ist nicht zu umgehen, wenn man eine theoretische Begründung der Fragen des Themas geben will, obwohl die Rechtssätze, welche im ersten Teile entwickelt sind, nicht ausschliesslich den aus einer Mehrzahl von Personen bestehenden Vorstand betreffen, sondern auch auf den aus einer Person bestehenden Vereinsvorstand Anwendung finden.

Die Rechtssätze, die für die Rechtsstellung des aus einer Mehrheit von Personen bestehenden Vorstandes eines rechtsfähigen Vereins gelten, sind fast sämtlich Konsequenzen der im ersten Teile enthaltenen Ausführungen. Nur wenige ausdrückliche Sonderbestimmungen des B.G.B. betreffen ausschliesslich das Recht des aus einer Mehrheit von Personen bestehenden Vorstandes.

§ 13. Rechtscharakter der Pluralität des Vorstandes.

Das B.G.B. kennt den Rechtsbegriff der Mehrheit von Personen als eines einheitlichen Rechtsinstituts nur in drei Formen: als Gesellschaft, Gemeinschaft zu Bruchteilen und Gemeinschaft zu gesamter Hand.

Der Vorstand eines rechtsfähigen Vereins kann nach § 26 B.G.B., wie bereits erwähnt, aus mehreren Personen bestehen.

Eine Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff. B.G.B. bildet das Vorstandskollegium nicht. Denn § 705 setzt voraus, dass die

Gesellschafter unter einander einen Vertrag abschliessen.[1]) Hier schliesst aber das Vorstandsmitglied A nicht einen Vertrag mit dem Vorstandsmitglied B ab, sondern jeder nur mit dem Verein.

Die Gemeinschaft im Sinne des § 741 B.G.B. setzt voraus, dass mehreren ein Recht gemeinschaftlich zusteht. Ob aber den Vorstandsmitgliedern gemeinschaftliche, nach Bruchteilen teilbare Rechte zustehen, hängt von den Kompetenzen ab, die ihnen der Verein, ihr Quasimandant, gewährt. Das ist reine Tatfrage. Für den Begriff der Mehrheit der Vorstandsmitglieder ist eine derartige Gemeinschaft im Sinne des § 741[2]) nicht wesentlich.

Ebensowenig liegt eine Gemeinschaft zu gesamter Hand vor, da diese nur dann gemäss § 741 im Bürgerlichen Gesetzbuch anzunehmen ist, wenn dies aus dessen Vorschriften sich unzweideutig ergibt. Dies ist der Fall bei der Gesellschaft, bei der ehelichen Gütergemeinschaft und bei der ungeteilten Erbgemeinschaft.

---

[1]) § 705 B.G.B.: Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern.

[2]) § 741 B.G.B.: Steht ein Recht Mehreren gemeinschaftlich zu, so finden, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt, die Vorschriften der §§ 742—758 Anwendung (Gemeinschaft nach Bruchteilen.)

§ 420: Schulden Mehrere eine teilbare Leistung oder haben Mehrere eine teilbare Leistung zu fordern, so ist im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Anteile verpflichtet, jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Anteile berechtigt.

§ 431: Schulden Mehrere eine unteilbare Leistung, so haften sie als Gesamtschuldner.

§ 421: Schulden Mehrere eine Leistung in der Weise, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teile fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet.

§ 37: Die Mitgliederversammlung ist zu berufen, wenn der durch die Satzung bestimmte Teil oder in Ermangelung einer Bestimmung der zehnte Teil der Mitglieder die Berufung schriftlich unter Angabe des Zweckes und der Gründe verlangt. — Wird dem Verlangen nicht entsprochen, so kann das Amtsgericht . . . die Mitglieder, welche das Verlangen gestellt haben, zur Berufung der Versammlung ermächtigen und über die Führung des Vorsitzes in der Versammlung Bestimmung treffen.

Die Mehrheit der Vorstandsmitglieder ist also kein Gesamtverhältnis im Rechtssinne, sondern lediglich eine tatsächliche Gemeinschaft, bei der die einzelnen Mitglieder ihre Rechte und Pflichten unter einander lediglich von den rechtlichen Beziehungen eines jeden einzelnen von ihnen zu einem Dritten, dem von ihnen vertretenen Verein herleiten. Dem Verein gegenüber kommen sie ebenfalls lediglich als einzelne Personen nach den mit jedem von ihnen abgeschlossenen auftragsähnlichen Vertrage, der in dem Bestellungsakte liegt, in Betracht. Die Gemeinschaft des Vorstandes als solche hat keine Rechte gegenüber dem Verein, sondern nur die einzelnen Mitglieder des Vorstandes, und diese haben die Stellung dem Verein gegenüber und unter einander, wie sich dies aus den im ersten Teil dieser Arbeit aufgestellten Gesichtspunkten ergibt.

§ 14. Rechtsstellung des Vorstandes nach innen.

Die Haftung der einzelnen Vorstandsmitglieder dem Verein gegenüber richtet sich nach dem Inhalt der ihnen aufgetragenen Leistungen. Sind diese Leistungen teilbar, so findet § 420 Anwendung, sind sie unteilbar, § 431, dagegen § 421 nur bei Vorliegen des § 431.

Dem Verein gegenüber besteht begrifflich also kein Unterschied, ob der Vorstand aus einer oder aus mehreren Personen besteht. Er hat lediglich die Weisungen des Vereins zu befolgen. Er ist gesetzlich nicht das Organ, welches z. B. die Mitgliederversammlungen einzuberufen hat oder den Vorsitz führt, sondern salvo statuto können die Mitglieder jeder beliebigen Person den Vorsitz und die Leitung der Geschäfte dem Verein gegenüber auftragen, sogar Personen, die weder Mitglied des Vereins noch des Vorstandes sind.

Wer die Mitgliederversammlung nach § 36[1]) zu berufen hat, darüber hat lediglich der Verein zu bestimmen, tut er es

[1]) § 36: die Mitgliederversammlung ist in den durch die Satzung bestimmten Fällen sowie dann zu berufen, wenn das Interesse des Vereins es erfordert.

nicht, dann kann die Einberufung nach § 37 durch das Amtsgericht veranlasst werden.

§ 15. Vertretungsmacht des mehrköpfigen Vorstandes.

Die Modifikationen, welche hinsichtlich der Rechtsstellung des aus mehreren Personen gegenüber dem aus einer Person bestehenden Vorstand sich ergeben, liegen weniger in den der Bestellung des Vorstandes zu Grunde liegenden zivilrechtlichen Verhältnissen des Vorstandes zum Verein und zu Dritten, sondern in den spezifisch vereinsrechtlichen Kompetenzen, die dem Vorstand durch das Gesetz beigelegt sind.

Nach § 26 B.G.B. kann der Vorstand des Vereins aus mehreren Personen bestehen. „Der Vorstand vertritt den Verein gerichtlich und aussergerichtlich". Ob der aus mehreren Personen bestehende Vorstand den Verein in corpore vertritt oder nicht, darüber enthält § 26 keine ausdrückliche Bestimmung. Die logische Konsequenz aus dem Wortlant des § 26 würde zu der Annahme führen, dass sämtliche Vorstandsmitglieder diese Vertretung ausüben müssten, soweit nicht eine satzungsgemässe Beschränkung vorliegt. Nun sagt aber § 28 Abs. 2: „Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, so erfolgt die Beschlussfassung nach den für die Beschlüsse der Mitglieder des Vereins geltenden Vorschriften der §§ 32, 34, d. h. „in einer Versammlung der Vorstandsmitglieder. Zur Giltigkeit des Beschlusses ist erforderlich, dass der Gegenstand bei der Berufung bezeichnet wird. Bei der Beschlussfassung entscheidet die Mehrheit der erschienenen Mitglieder. Auch ohne Versammlung der Mitglieder ist ein Beschluss giltig, wenn alle Mitglieder zu dem Beschlusse ihre Zustimmung schriftlich erklären."

Diese Bestimmung ist nach § 40 dispositiv, sie gilt nur salvo statuto. § 34, eine Bestimmung zwingenden Rechts, lautet: Ein Mitglied ist nicht stimmberechtigt, wenn die Beschlussfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm oder die Einleitung eines Rechtsstreits zwischen ihm und dem Verein betrifft".

Die vorstehenden Paragraphen besagen also Folgendes:

Die Vorstandsbeschlüsse sind als verfassungsmässig zu stande gekommen und infolgedessen den Willen des Vereins Dritten

gegenüber bildender Vorstandswillen zu erachten, wenn sie 1) innerhalb der dem Vorstand satzungsgemäss zustehenden Vertretungsmacht sich halten und 2) durch die Mehrheit der erschienenen stimmberechtigten Mitglieder zu stande gekommen sind, die sich der Stimme enthaltenden stimmberechtigten Mitglieder werden mitgezählt.

Bekleiden die Vorstandsmitglieder die Stellung der Liquidatoren nach § 48, so müssen sie sämtlich den Beschluss fassen, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, desgleichen, wie bereits erwähnt, nach § 32 Abs. 2.

Können sich die Vorstandsmitglieder bei der Beschlussfassung vertreten lassen? Kann z. B. das Vorstandsmitglied A. in die Vorstandssitzung einen Vertreter hinschicken? Im Zweifel nicht, denn Beschlussfassung ist nur eine sogenannte innere Angelegenheit des Vereins, § 664 findet Anwendung, den anderen Vereinsmitgliedern gegenüber hat das Vorstandsmitglied nur die Stellung eines Quasimandatars des Vereins.

Bei wörtlicher Interpretation ergäbe sich Folgendes: Beschlussfassung ist nichts weiter wie Feststellung des Willens des Kollegiums, eine rein innere Angelegenheit des Vereins, nach aussen nicht unmittelbar wirksam, Gesetz der Willensbildung des aus mehreren Personen bestehenden Vereinsvorstandes. Welchen Willen aber jemand hat, ist rechtlich erst dann von Bedeutung, wenn der Wille der interessierten dritten Person gegenüber, wenn der Wille nach aussen erklärt wird, also nach § 26 von allen Vorstandsmitgliedern. Hierin liegt m. E. ein innerer Widerspruch: die Willensbildung, das zweifellos ohne wesentlichere, höhere geistige Ansprüche und Anstrengungen erfordernde Moment kann rechtsverbindlich erfolgen, ohne dass sämtliche Vorstandsmitglieder dabei aktiv mitwirken müssen, während die Erklärung dieses Willens Dritten gegenüber, d. h. die Vertretung des Vereins nach aussen, das Zusammenwirken aller erfordert.

Die Materialien[1]) zu diesen Paragraphen weisen auf eine andere Lösung dieser Frage hin:

---

[1]) Mugdan, Materialien Bd. I S. 613, Protokolle S. 1031 zu § 34 des Entwurfs I. Lesung.

Der Entwurf I. Lesung verlangte einstimmige Kollektivvertretung aller Vorstandsmitglieder. Die Protokolle der zweiten Lesung gingen von dem Standpunkt aus, dass dann der Verein tatsächlich handlungsunfähig gemacht würde und bestimmten daher zum Zwecke der Verkehrsfähigkeit des Vereins, dass die Beschlussfassung nach Majoritätsprinzip zu erfolgen habe, nicht nach Einstimmigkeit, wie bei den Liquidatoren. Dieses selbe Verkehrsprinzip ist aber auch auf die Vertretung des Vereins nach aussen anzuwenden. Der § 26 erhält daher seine Ergänzung durch § 28. Die Vertretung des Vereins erfolgt salvo statuto nach dem der Beschlussfassung zu Grunde liegenden Prinzip der Mehrheit.

§ 26 ist demnach dahin auszulegen: salvo statuto vertritt der aus mehreren Personen bestehende Vorstand den Verein nach Mehrheitsprinzip.

Aber auch das genügt noch nicht, um eine genügende Beweglichkeit des Vereinsvorstandes herbeizuführen: Der Vorstand kann sich Dritten gegenüber salvo statuto und in den Fällen, in denen nicht ausdrückliche gesetzliche Vorschriften dem widersprechen, wie oben ausgeführt, eines Vertreters oder Gehilfen bedienen. Die Haftung regelt sich nach den bereits erwähnten Gesichtspunkten.

Ferner kann sich der Vorstand als Ausführungsorgan der Gehilfen und Boten mit Wirkung gegen Dritte innerhalb seiner satzungsgemässen Vertretungsmacht bedienen. Es muss nur aus der Willenserklärung für den Dritten hervorgehen, dass sie auf einem verfassungsmässig zu Stande gekommenen Beschluss innerhalb der dem Vorstande zustehenden Vertretungsmacht beruht, andernfalls wird der Verein durch diese Willenserklärung nicht verpflichtet. Wenn der Beschluss nicht rechtmässig zu stande gekommen ist, dann liegt negotiorum gestio derjenigen Mitglieder vor, welche den Beschluss als rechtmässig zu stande gekommenen Vereinsbeschluss dem Dritten mitgeteilt haben. Entsteht hieraus eine Haftpflicht der beschliessenden oder der mitteilenden Mitglieder, dann ist dies eine Haftung pro rata parte nach § 420 B.G.B., da die von den einzelnen Vorstandsmitgliedern zu bewirkende Schadenersatzleistung teilbar ist, ausser wenn in dem Beschluss und in der Erklärung eine unerlaubte Handlung, eine

Täuschung, Drohung, Betrug liegt, dann Gesamthaftung nach § 830 B.G.B.

Ist der Beschluss des Vorstandes rechtmässig zu stande gekommen, dann genügt jede tatsächliche Art der Übermittelung dieser Erklärung an den Dritten, um für den Verein rechtserheblich zu sein. Es bedarf nur des Nachweises, dass die Willenserklärung vom Vorstande innerhalb seiner satzungsmässigen Kompetenz ordnungsmässig beschlossen worden ist. Wie der Nachweis zu führen ist, unterliegt der freien Beweiswürdigung. Es ist Sache desjenigen, der mit dem Vereine in Rechtsverkehr steht, auf eigene Gefahr hin sich dessen zu vergewissern.

Wenn der Beschluss formell ordnungsmässig zu stande gekommen und dem Gegner gegenüber abgegeben worden ist, so schliesst dies nicht aus, dass ein Vorstandsmitglied zu seiner Abstimmung durch Irrtum, Betrug, Drohung usw. veranlasst worden ist, dass somit die Frage entsteht, wann § 166 Abs. 1 B.G.B. bei einem aus mehreren Personen bestehenden Kollegium Anwendung findet:

Es genügt, dass die Voraussetzung des § 166 in der Person eines einzigen an der Beschlussfassung teilnehmenden Mitgliedes vorliegt und zwar deshalb, weil die Beschlussfassung ein unteilbarer Akt ist; denn das Ergebnis der Beratung eines Kollegiums hängt von dem Interesse der Einzelnen an dem Beratungsgegenstande, von seiner Sachkunde ab, davon, mit welchem Eifer, welcher Energie und welchen Argumenten er seine Ansicht verteidigt und die im Kollegium auftauchenden abweichenden Ansichten widerlegt. Wenn z. B. ein Kollegium aus fünf Mitgliedern besteht, und eins von diesen aus irrigen Motiven für einen vorliegenden Antrag stimmt, so ist es gar nicht ausgeschlossen, dass lediglich das Verhalten dieses Mitgliedes die anderen Vorstandsmitglieder dazu veranlasst, sich ihm anzuschliessen. Die Gegenargumentation, wenn das eine Mitglied anders gestimmt hätte, dann würde für den Antrag noch immer eine Majorität vorhanden sein, ist daher als unpsychologisch nicht aufrecht zu erhalten. Es ist ex post mitunter gar nicht möglich, festzustellen, wie im entscheidenden Augenblicke der Abstimmung die anderen Mitglieder bei anders geartetem Verhalten eines Mitgliedes votiert hätten.

Der Beschluss ist ein einheitlicher, unteilbarer Akt und ist unter Mitwirkung eines Irrtums, Betruges usw. zu stande gekommen, wenn nur ein einziges Mitglied sich geirrt u. s. w. hat, er ist deshalb anfechtbar.

Die Willenserklärungen Dritter gegenüber dem Verein können rechtsgiltig abgegeben werden, wenn sie einem einzigen Mitgliede des Vorstandes zugehen, und zwar nach der auf Grund des § 40 B.G.B. zwingenden Rechtsvorschrift des § 28 Abs. 2.

§ 16. Rückblick.

Zum Schlusse sei ein kurzer, zusammenfassender Rückblick der in dieser Arbeit enthaltenen Ausführungen gestattet:

Die Arbeit erörtert zunächst den Begriff des rechtsfähigen Vereins in der Einleitung. Im ersten Teile folgt eine prinzipielle Untersuchung über die Rechtsstellung des Vorstandes. Ich gelange zu dem Ergebnis, der Vorstand ist Organ des Vereins, nicht dessen Stellvertreter. Dieses Ergebnis leite ich aus dem Charakter der juristischen Person ab und zwar des aus mehreren Personen bestehenden Rechtssubjekts. Ich statuiere hierbei, dass es von vornherein nicht zweifellos ist, ob und in welchem Umfange zwischen dem Begriff der juristischen Person, wie er dem Personenvereine zu Grunde liegt, und dem Begriff der juristischen Person, der auf die Anstalt und Stiftung anwendbar ist, völlige Kongruenz herrscht. Für das Thema selbst erachte ich indessen ein Eingehen auf diese Frage nicht für erforderlich. Hier kommt es nur darauf an, eine historisch und dogmatisch zu rechtfertigende Theorie der juristischen Person zu finden, welche auf den Personenverein passt. Ich gelange zu einer psychologischen Begründung der Willensfähigkeit der juristischen Person, indem ich die durchgehende Analogie mit dem Willensproblem aufzeige, welches bei der physischen Person besteht. Ich komme zu dem Ergebnis, der Wille der juristischen Person ist determiniert und bezeichne die Einzelwillen der Organe der juristischen Person, des Vorstandes, der Mitgliederversammlung u. s. w. als deren Willensquellen. Die Berechtigung zu diesem Standpunkte leite ich aus dem Verkehrscharakter des Rechts her, ich erörtere die Frage, welche Teile des Willens im erkenntnistheoretischen Sinne dieses

Begriffes für das Recht überhaupt von Belang sind: nicht eine philosophische Erklärung, sondern in erster Linie nichts weiter, als das definitive Willensbild, welches sich nach aussen manifestiert, und nur einzelne Ursachen dieses Willensbildes, wie Irrtum, Zwang, Drohung, Betrug. Den Grund hiervon erblicke ich ausschliesslich in dem Einfluss, den diese Willensbetätigung auf die übrigen Rechtsgenossen ausübt, welche mit dem Willensträger, dem einzelnen Rechtssubjekt, im Rechtsverkehr stehen.

Im weiteren Verlauf der Arbeit gelange ich zur Erörterung der Unterschiede und zur Feststellung der Übereinstimmungen bei der Annahme des Vorstandes als Willensorgan und als Stellvertreter. Es folgt sodann eine Untersuchung über den Begriff der „gesetzlichen Vertretungsmacht" des Vorstandes, die Statuierung des wesentlichen Unterschiedes zwischen dieser gesetzlichen Vertretungsmacht und der des Vormundes und des Pflegers: der Vorstand ist, mit einem Schlagwort charakterisiert, Vertreter zum Schutze der Dritten gegen den Verein, als Intelligenzorgan bedarf der Verein gar nicht des Vorstandes, der Vormund ist Vertreter des Mündels gegen Dritte, denen gegenüber der Mündel wegen nicht oder nicht genügend entwickelter Intelligenz sich nicht allein helfen kann. Ich ziehe sodann die Konsequenzen aus diesem fundamentalen Unterschiede in den Funktionen des gesetzlichen Vertreters des Vereins und des willensunfähigen u. s. w. physischen Menschen. Ich lege dar, dass die Stellung des Vorstandes als gesetzlicher Vertreter keinen Fingerzeig giebt für die Stellung des B.G.B. gegenüber dem theoretischen Charakter der juristischen Person. Sodann folgt die Erörterung einzelner Spezialfragen, die sich nicht systematisch in das Thema einreihen lassen und zum Schluss des ersten Teils eine Betrachtung über die Konsequenzen, die sich aus der Doppelstellung des Vorstandes als Willensorganes zunächst seiner eigenen Person und sodann des Vereins ergiebt. Als Ausgangspunkt dieser Erörterung dient § 181 B.G.B.: der Vorstand kontrahiert mit sich selbst als Vertreter des Vereins. Rechtsfolgen für Vorstand und für Verein. Es folgen Untersuchungen über die Rechtsfolgen der Handlungen des Vorstandes für den Verein gegenüber Dritten; culpa und Kompetenzüberschreitung des Vorstandes: Wirkung dem Verein und dem Dritten gegenüber. Das Kapitel endigt mit der Be-

sprechung der Voraussetzungen und der Folgen einer Stellvertretung des Vorstandes. Hierbei kommen die Beziehungen von vier Personengruppen zu einander in Frage: Stellvertreter bezw. negotiorum gestor und Dritter, Stellvertreter und Vorstand, Stellvertreter und Verein, Vorstand und Dritter, Vorstand und Verein, Dritter und Verein, culpa, Kompetenzüberschreitung u. s. w.

Der zweite Teil des Themas stellt die für den aus einer Mehrheit von Personen bestehenden Vorstand eines rechtsfähigen Vereins spezifisch geltenden Rechtssätze dar. Ich untersuche zunächst die juristische Bedeutung des Mehrheitsbegriffes, sodann die Beziehungen der einzelnen Vorstandsmitglieder zum Verein, die Vertretungsmacht des mehrköpfigen Vorstandes Dritten gegenüber, die Bedeutung von Willensmängeln u. s. w. in der Person einzelner Vorstandsmitglieder für die Rechtserheblichkeit des vom Vorstand für den Verein gefassten Beschlusses.

Abhandlungen

aus dem

Staats- und Verwaltungsrecht

herausgegeben von

Dr. Siegfried Brie

ord. Professor der Rechte an der Universität Breslau

1. Heft: **Der Weg der Gesetzgebung in Preussen** von Privatdocent Dr. Max Fleischmann . . . 3,60 Mk.
2. Heft: **Das Recht der provisorischen Gesetzgebung** in Sonderheit nach preussischem Staatsrecht von Dr. Felix Glatzer . . . . 3,50 Mk.
3. Heft: **Das Deutsche Reichsrecht im Verhältnisse zum Landesrechte.** Eine geschichtliche und dogmatische Entwickelung d.s Grundsatzes, dass „die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen" (R.-V. a. 2), unter eingehender Berücksichtigung der modernen bürgerlichen Gesetzgebung von Dr. Paul Posener. 5,— Mk.
4. Heft: **Dispensationsbegriff und Dispensationsgewalt** auf dem Gebiete des Deutschen Staatsrechts von Dr. Julius Steinitz . . . . 2,60 Mk.
5. Heft: **Die staatsrechtlichen Besonderheiten der Stellung des Reichslandes Elsass-Lothringen** im Deutschen Reiche von Dr. Georg Hamburger . 3,20 Mk.
6. Heft: **Die Regentschaft nach preussischem Staatsrecht** unter Berücksichtigung des in den übrigen deutschen Bundesstaaten geltenden Rechts von Dr. jur. Ismar Freund . . . . 3,80 Mk.
7. Heft: **Der Verlust der Staatsangehörigkeit** durch Naturalisation und durch Aufenthalt im Auslande von Dr. Max Bahrfeld . . . . 2,— Mk.
8. Heft: **Die rechtliche Stellung der deutschen Schutzgebiete** von Dr. Victor von Poser und Gross-Naedlitz . . . . 2,40 Mk.

Druck von H. Fleischmann. Breslau

Studien

zur

Erläuterung des bürgerlichen Rechts

herausgegeben

von

Dr. Rudolf Leonhard
ord. Professor der Rechte an der Universität Breslau

---

12. Heft

PROLEGOMENA

zu einem

System des Vermögensrechts

(Erste Abteilung)

von

Dr. Gottlieb August Meumann
Kgl. Preuss. Gerichtsassessor und Privatdocent an der Universität Genf

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1903

PROLEGOMENA

zu

einem System des Vermögensrechts

von

Dr. Gottlieb August Meumann

Kgl. Preuss. Gerichtsassessor und Privatdocent an der Universität Genf

---

Erste Abteilung

Breslau

Verlag von M. & H. Marcus

1903

Vorwort.

Die nachfolgenden Untersnchungen sollen einen Beitrag zur Lösung der wichtigsten Probleme des Vermögensrechts bieten.

Da es mir in erster Linie daranf ankam, dem öffentlichen Urteile die Ergebnisse der eigenen Gedankenarbeit über diese Fragen zn unterbreiten, so habe ich davon abgesehen, die berührten Materien in erschöpfender Weise zu behandeln. Aus demselben Grunde wurde anf eine vollständige Berücksichtigung der in Betracht kommenden Literatur verzichtet.

Bei den ersten Versuchen, den angesammelten Stoff ausznarbeiten, gewann ich die Überzeugnng, dass ich mir die Darstellnng ausserordentlich erleichtern würde, wenn ich dem eigentlich juristischen Teil meiner Arbeit einige methodologische Bemerkungen voraussenden würde. Dass ich als Jurist Logikern von Fach in denselben nichts Neues sagen will, braucht wohl nicht erst versichert zu werden. Im Gegenteil, meine Zwecke sind am besten dann erreicht, wenn der Logiker in diesem Abschnitt nur Dinge wiederfinden sollte, die ihm als absolut selbstverständlich erscheinen.

Den Herren stud. iur. Walter Heintze in Hamburg und Max Grillo in Düsseldorf bin ich für ihre freundliche Unterstützung bei der Drucklegung zn besonderem Dank verpflichtet.

Genf, im Oktober 1903.

G. A. Meumann.

Inhaltsübersicht.

I. Methodologische Vorbemerkungen.

I. Grundlagen.

§ 1.

Auf welches Erfahrnngsmaterial soll die Zivilistik, insbesondere die Lehre des Vermögensrechts aufbauen? Diese Frage scheint mir gerade in der hentigen Zeit in den Vordergrnnd der Erörterung gestellt werden zn müssen.

Bis jetzt ging die Dogmatik im wesentlichen von einer Grundlage aus, die ihre Entstehnng der tausendjährigen Entwicklnng innerhalb des Gemeinwesens eines Volkes verdankte, das wie kein anderes zur Rechtsschaffung beanlagt war, indem sie aber mit Recht die Änderungen dieses Rechtsstoffes nicht übersah, die er infolge der Bedürfnisse des modernen Verkehrs erfahren hatte.

Mit der Wende des Jahrhunderts ist über Nacht anf ganz neuer Grundlage eine neue Wissenschaft, und es muss hinzugefügt werden, eine blühende Wissenschaft entstanden, denn dieses Beiwort verdient sie jedenfalls, wenn man ihre Produktivität ins Auge fasst. Ganz abgesehen von einer schier unübersehlichen Kommentarliteratur erblickten in kurzer Zeit fast ebenso viele Lehrbücher dieser jüngsten nuter allen Wissenschaften das Licht der Welt, wie die träge Lehre des gemeinen Rechtes in einem ganzen Jahrhnndert erzeugt hat.

Der Grundgedanke, auf dem diese neue Wissenschaft aufbaut, ist der, dass von Stund an die Lehre des Zivilrechts in erster Linie das Erfahrungsmaterial zum Gegenstand ihrer Untersuchungen zu machen hat, welches in der modernen Ge-

setzgebung, insbesondere in dem BGB., enthalten ist, wenn auch hier und da zur Interpretation dieses Materials die Vergleichung mit dem historischen Rechte sich empfehle.

Von ganz demselben Gedanken ging hundert Jahre früher die französische Rechtswissenschaft aus. „Die Hauptsache bleibt immer die, dass man das Gesetzbuch ans sich selbst auslege“, so schreibt Zachariä im Jahre 1808 in seinem Handbuch des französischen Zivilrechts.

Und wohin hat dieser Grundsatz die französische Rechtswissenschaft geführt?[1])

Ich bin fest davon überzeugt, dass die deutsche Zivilistik in denselben Verfall geraten wird, wenn sie auf dem jetzt eingeschlagenen Wege fortfährt[2]).

Planck gibt zu, dass „die Bedeutung mancher grundlegender Begriffe, z. B. des Rechtes im subjektiven Sinne, des Rechtsgeschäftes, des Vertrages durch das BGB. selbst nicht festgestellt werden kann“ (I S. 27). Und vielleicht würde er sich auch nicht geirrt haben, wenn er dasselbe von der Bedentung der, d. h. aller grundlegenden Begriffe gesagt hätte. So die Bedeutung der Begriffe des Vermögens, des Besitzes, des Sachenrechtes, der einzelnen Sachenrechte, der Obligation, der Bereicherung, der Singular- nnd Universalsukzession; ich müsste hier einen Grundriss des ganzen Vermögensrechtes entwerfen, wollte ich erschöpfend alle Rechtsbegriffe aufzählen, „deren Bedeutung durch das BGB. selbst nicht festgestellt werden kann“.

Unmöglich lassen sich auch aus dem Erfahrungsmaterial, das uns das BGB. bietet, die grundlegenden Rechtsgesetze (Prinzipien) erkennen[3]). Für die praktische Rechtsanwendung

[1]) Eine junge, kraftvoll einsetzende Schnle sucht jetzt die französische Wissenschaft in nene Bahnen zu lenken. Cf. insbesondere das interessante Werk von François Geny, Méthode d'interprétation et sonrces en droit privé positif; anch das Vorwort zn diesem Werke von R. Saleilles.

[2]) Cf. hierzn Zitelmann, Die Gefahren des bürgerlichen Gesetzbnches für die Rechtswissenschaft; auch E. J. Bekker, Ernst nnd Scherz S. 164.

[3]) Man denke nur an die Feststellung des „Rechtsgrundes, aus welchem die Schadenslast auf einen anderen als den Beschädigten abgewälzt werden kann“. „Bislang“, schreibt Linckelmann im Jahre 1898 (Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen S. 1), „ist es nicht gelnngen, die Lösung

ist dies bedeutungslos, so lange sie eine aus diesen Prinzipien sich ergebende oder auch eine denselben widerstrebende Norm (ius singulare) in dem Gesetzbuch unmittelbar vorfindet oder wenigstens mittelbar aus dem Wortlaut des Gesetzes mit Hilfe der formellen Logik ableiten kann. Aber woraus soll die Praxis die Entscheidungsnorm entnehmen, wenn das Gesetz vollkommen schweigt. Und dass keine Kodifikation, auch die beste nicht, alle Normen enthält, deren das Rechtsleben bedarf, und sei es auch nur in latentem Zustande, hat für mich wenigstens Geny in dem vorhin genannten Werke in überzeugender Weise nachgewiesen (cf. insbesondere Nr. 35—59, 506 daselbst)[1]. Mit Recht wirft Geny die Frage auf (S. 101), deren Beantwortung nicht zweifelhaft sein kann: „Ne découvrirons-nous pas dans la nature et le mode d'action de la Loi écrite, des lacunes ou des bornes essentielles, qui ouvriraient une place nécessaire, soit à d'autres sources du Droit, telles que la Coutume, soit du moins, à l'intervention de la libre recherche scientifique, en vue d'une élaboration du système juridique, capable de satisfaire à tous les besoins de la vie sociale?" Unser Gesetzbuch spricht sich nicht über die Haftung des Schuldners bei ursprünglicher subjektiv unmöglicher Leistung aus. Mit Recht haben sich Doktrin und Praxis bereits dahin entschieden, dass der Schuldner dem Gläubiger das Erfüllungsinteresse zu ersetzen hat, auch wenn nicht festgestellt werden kann, dass der erstere die Unmöglichkeit kannte oder wenigstens kennen musste. Man sagt, der Schuldner müsse haften, weil er die Garantie seiner Leistungsfähigkeit übernehme; damit gibt man zu, dass sich die Haftung aus den Vorschriften des BGB. nicht herleiten lässt, denn sonst würde man nicht zu dieser offensichtlichen Fiktion greifen (cf. unten § 15). Begründen lässt sich die Entscheidung nur, wenn es gelingt, sie auf eines jener höchsten Rechtsgesetze zurückzuführen, die ihre Gültigkeit nicht erst dem Gesetze vom 18. August 1896 verdanken, sondern zu jeder

dieses Problems auf eine einfache und einheitliche Formel zurückzuführen". Dass man aber in dieser Frage allein an der Hand des BGB. wird weiterkommen, dürfte wohl niemand behaupten.

[1]) Cf. hierzu R. Leonhard, Das neue Gesetzbuch als Wendepunkt der Privatrechtswissenschaft § 20: „Die absichtlich offen gelassenen Lücken".

Aber die Wissenschaft darf sich nicht nehmen lassen, was ihr gebührt; sie mag, so lange sie nicht die Kraft hat, ein besseres System an die Stelle des gesetzlichen zu setzen, dasselbe als Rahmen benutzen — so folgte die Lehre des gemeinen Rechts zunächst der Legalordnung, der französischen Jurisprudenz ist es überhaupt nicht gelungen, aus eigener Kraft ein wissenschaftliches System aufzustellen; — die Wissenschaft darf aber nicht müde werden, das gesetzliche System zu kritisieren und zu versuchen, soweit dies erforderlich erscheint, dasselbe durch ein anderes zu ersetzen [1]).

Die modernen Gesetzbücher enthalten aber auch insofern eine erhebliche Beimischung von Theorie, als sie mit einer grossen Anzahl von Begriffsbezeichnungen operieren, die sich als Produkte der römischen oder gemeinrechtlichen Doktrin darstellen. Unmöglich ist es, aus dem Inhalt der betreffenden Gesetze selbst die Bedeutung derselben zu bestimmen, und es muss naturgemäss zu ihrer Auslegung auf die Lehre zurückgegriffen werden, die sie erfunden hat.

In ganz erheblicher Weise ist auch das Pandektenrecht von Theorie durchsetzt, und, glaube ich, hat die Lehre des gemeinen Rechts nicht immer mit aller Sorgfalt zwischen Sachentscheidungen und theoretischen Aussprüchen der Römer unterschieden.

Unschwer ist die Theorie als solche zu erkennen, wenn sie in Form einer Begründung zu einer Sachentscheidung hinzutritt; so z. B. wenn es l. 5 § 2 D. 13. 6 heisst: nam quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus. Zweifelhaft kann es hiernach auch nicht sein, dass der in demselben Paragraphen weiter folgende Satz: sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus, et culpa praestatur, ebenfalls nicht den Wert einer Sachentscheidung hat. Dies hat jedoch nicht gehindert, dass man die Weisheit der Römer meist ohne jede weitere Kritik abgeschrieben hat. Es ist ja gewiss nicht ausgeschlossen, dass eine Theorie, welche die Römer selbst auf-

[1]) Cf. dazu R. Leonhard, Der allgemeine Teil des BGB. in seinem Einflusse auf die Fortentwickelung der Rechtswissenschaft S. 68.

gestellt haben, richtig ist, doch streitet eine starke Vermutung dagegen; es darf daher erst dann ein Lehrsatz derselben als zuverlässig angesehen werden, nachdem er in jeder Beziehung die Konstruktionsprobe bestanden hat. M. E. ist das Kriterium Ulpians, dass der Schuldner dann für culpa levis hafte, wenn er ein Interesse an der Obligation hat, gänzlich wertlos, wenn es sich auch, wie es scheint, bei den Römern allgemeiner Anerkennung erfreute (cf. z. B. l. 17 § 2 D. 19. 5; l. 31 D. 19. 2; l. 108 § 12 D. 30; l. 10 § 1 D. 13. 6).

Zu hoch interessanten und das Verständnis der Quellen unzweifelhaft erheblich fördernden Resultaten dürfte eine Untersuchung über die Logik der Römer führen. Das Ergebnis dieser Studie dürfte wohl sein, dass sie es in der Kunst der haarspaltenden Dialektik zu staunenswerter Gewandtheit gebracht hatten, dass ihnen dagegen die Gabe, unter den Bestandteilen eines komplexen Tatbestandes das Wesentliche vom Beiläufigen zu scheiden und die einer Gruppe von zusammengehörenden Tatsachen oder Gegenständen gemeinsamen Elemente zu einem Begriffe oder Gesetze zu vereinigen, völlig fehlte[1]. Fast ausnahmslos klammern sie sich an die bei der ersten oberflächlichen Prüfung in die Augen springenden Merkmale; so sehen sie dort die utilitas des Schuldners als das ausschlaggebende Moment an, so in der Lehre von dem Eigentumsübergange die traditio; constitutum possessorium, brevi manu traditio und quasi traditio müssen sich bei dieser Methode gefallen lassen, als Surrogate der traditio behandelt zu werden. — Hätte man in dieser Lehre stets streng die rein sachlichen Entscheidungen der Römer von ihren Theorien geschieden und sich nur an die ersteren gehalten, so hätten zweifellos die §§ 929 ff. BGB. eine andere Gestalt. Nach § 929 geht das Eigentum an einer beweglichen Sache grundsätzlich mittels Einigung und Übergabe über, aber die Übergabe kann durch andere Vorgänge, wie die §§ 930 und 931 lehren, ersetzt (!) werden.

---

[1]) Demelius, Die Rechtsfiktion S. 77, spricht von der bekannten Schwäche der römischen Juristen im Abstrahieren von Regeln und Aufstellen von Definitionen.

Ungleich schwerer ist es, den theoretischen Charakter eines Ausspruchs der römischen Juristen zu erkennen, wo er nicht als Begründung einer Entscheidung, sondern in selbständiger Form auftritt; doch liegt zweifellos stets dann keine Sachentscheidung vor, sondern ein Stück Theorie, wo nicht eine einzelne, wenn auch abstrakt gestellte Rechtsfrage beantwortet, sondern eine ganze Gruppe von Fragen gleichzeitig erledigt wird; denn dann liegt stets ein vielleicht gelungener, vielleicht aber auch misslungener Versuch einer generalisierenden Abstraktion vor.

Dies gilt z. B. von dem Satze: natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. Nach Windscheid gehört derselbe zu den „vielen falschen Abstraktionen, welche sich in den Quellen finden".

Ist es denn aber etwas anderes als eine Abstraktion, wenn die Römer den Satz aufstellen, dass der, welcher culpa levis zu prästieren hat, die Sorgfalt eines diligens pater familias zu beobachten habe? Dernburg sagt zutreffend (Pand. I § 86 Anm. 8): „Allmählich wurde der diligens pater familias sprüchwörtlich". Dürfen wir denn unsere Kenntnis des römischen Rechts aus Rechtssprüchwörtern entnehmen, zumal da, wo es an sachlichen Entscheidungen nicht fehlt, auf Grund deren mit den Mitteln einer strengen Logik sich der wahre Grundsatz feststellen lässt?

Möglicherweise trifft einmal eine Abstraktion der Römer das Richtige, aber gleichwohl, meine ich, dürfen wir nicht unmittelbar auf diesen römischen Theorien aufbauen, uns nie und nimmer auf derartige römische Abstraktionen berufen, wenn der Beweis zu erbringen ist, dass im römischen Recht dieser oder jener Satz gegolten habe[1]).

[1]) Jhering, Besitzwille S. 272: „Wir haben uns mithin zu ihm [einem Konstruktionsversuch des Paulus] nicht anders zu verhalten, wie zu allen Konstruktionsversuchen der römischen Juristen. — Decken sie sich mit dem positiven Recht, so nehmen wir sie an, wo nicht, so weisen wir sie als verfehlt zurück". Cf. auch S. 480 a. a. O., ferner S. 273: „So hoch ich im übrigen die römischen Juristen stelle, so wenig kann ich doch mit dem Urteil zurückhalten, dass ihre Konstruktionsversuche mitunter geradezu an das Abgeschmackte grenzen". Unverständlich ist es mir, wie Jhering hiernach wenige Seiten weiter (S. 302) behaupten kann: „Bei den meisten Materien

Obschon die geringe Begabung der Römer für Logik jedem, der sich mit den Quellen beschäftigt, in die Augen springen muss, nimmt die Lehre des gemeinen Rechtes in Hunderten von Fällen ihre Lehrsätze zum Ausgangspunkt ihrer Konstruktionen. Die Römer selbst sind in den Fehler, Rechtssätze aus Lehrsätzen herzuleiten, fast nie verfallen [1]; ihre schönsten Konstruktionen lassen sie unter den Tisch fallen, wenn sie zu Resultaten führen, die sich mit ihrem Rechtsgefühl nicht vereinigen lassen. Sie waren sich der Unzuverlässigkeit ihrer Lehrsätze wohl bewusst. Bekannt ist der Satz Javolens: Omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti possit (l. 202 D. 50. 17). Und dieser Erkenntnis entsprechend stellt Paulus mit Recht den Grundsatz auf: Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat (l. 1 D. 50. 17).

Wer immer daher auf Grund irgendwelcher Quellen, nicht nur der römischen, Rechtsbegriffe und Rechtsgesetze gewinnen will, muss zunächst damit beginnen, mit sichtender Kritik den eigentlichen Rechtsstoff von allem theoretischen Beiwerk zu säubern; und wenn ihm gleich hier bei der ersten Arbeit schier unlösbare Schwierigkeiten entgegentreten, so mag er sich mit der Wahrheit trösten, dass die Jurisprudenz eben nicht die einfachste aller Wissenschaften ist, was man glauben sollte, wenn man an die heutige Hochflut der juristischen Literatur denkt, sondern die komplizierteste; dies ist wenigstens die Ansicht Wundts (Logik III S. 582).

3. Rechtslogik.

§ 3.

Zweifellos ist das, was die historische Schule an Dogmatik hervorgebracht hat, nicht mustergiltig. Es ist das grosse Ver-

des römischen Rechts ist unsere heutige Jurisprudenz darauf angewiesen, die Theorien der römischen Juristen einfach zu reproduzieren, höchstens kleine Lücken zu ergänzen, Mängel, Ungenauigkeiten zu berichtigen, Widersprüche auszugleichen, kurz, es ist ihr dabei versagt, selber zu schaffen, sie begegnet fast überall dem römischen Juristen, der ihr diesen Genuss bereits vorweggenommen hat". Vgl. ferner Geny a. a. O. S. 161, 162.

[1] Cf. Jhering a. a. O. S. 278 u.; Geny a. a. O. S. 159.

dienst Jherings, erkannt zu haben, dass die dogmatischen Leistungen der Schule des 19. Jahrhunderts ungesunde waren; aber die Diagnose ist ihm nicht gelungen. Jhering erkannte richtig, dass der Verdauungsapparat dieser Schule, d. h. ihre Rechtslogik, schlecht funktionierte, aber er beging den schweren Irrtum, die Existenz dieses Apparates selbst für die Wurzel des Übels anzusehen; er gab daher dem kranken Manne den Rat, sich seine ganzen Verdauungswerkzeuge herausschneiden zu lassen.

Die Dogmatik der Schule des 19. Jahrhunderts verdient die scharfe Kritik Jherings nicht etwa, weil sie an Logik zu viel getan hätte, sondern weil ihre Logik nur eine Scheinlogik war. Ohne Beobachtung der elementarsten Regeln der allgemeinen Logik bildet man Begriffe, formuliert man Prinzipien, deren rein aprioristischen Ursprung man alsbald vergisst, um sie als ewige Rechtswahrheiten anzusehn. Ist es unmöglich, von ihneu auf dem graden Wege der Deduktion zu den Sätzen des positiven Rechts zu gelangen, so schlägt man den „Umweg" einer Fiktion ein. Normen, die auch mittels einer Fiktion nicht zu erreichen sind, sieht man als Ausnahmen au, die sich meist ohne Schwierigkeiten aus historischen Gründen erklären lassen.

Anstatt diese Schwächen der logischen Methode nnserer Dogmatik aufzudecken, verwirft Jhering die logische Methode in der Rechtswissenschaft überhaupt, offenbar, weil er die Rechtslogik mit dem begrifflichen Apriorismus identifiziert[1]) (cf. Der Besitzwille, Vorrede p. X). Nach ihm soll sich die Rechtswissenschaft von dem „Götzenkultus des Logischen", von dem „Fanatismus der logischen Methode", von dem „Unwesen der Rechtslogik" freimachen, die „Stickluft der Rechtslogik" meiden.

Ein Arzt, dem die Diagnose nicht gelungen ist, kann nur

---

[1]) R. Leonhard (Das nene Gesetzhnch als Wendepunkt der Privatrechtswissenschaft S. 55) findet es befremdend, „dass die Juristen oftmals ihre besondere Logik (Rechtslogik) für sich heanspruchen, während kein anderer Berufszweig einen derartigen Ansprnch erhebt". Znr Widerlegung letzterer Behauptung dürfte der Hinweis auf das Inhaltsverzeichnis von Bd. II u. III der Logik Wundts genügen. Wie jede andere Wissenschaft, so hat auch die Rechtswissenschaft ihre eigene durch die Natur des Gegenstandes bedingte Methode, die nach der Terminologie der Logiker als Logik der Rechtswissenschaft (Rechtslogik) bezeichnet werden kann.

zufällig das richtige Heilmittel finden. Jhering glaubte mit seiner teleologischen Methode die Gesundung der Dogmatik herbeiführen zu können. Wenn ich ihn recht verstehe, soll die Rechtswissenschaft bei der Erklärung des Rechtsstoffes ausschliesslich von dem Gedanken ausgehen, „dass der Zweck der Schöpfer des ganzen Rechts ist“. Mir scheint es, dass Jhering, wie er zu Unrecht die Logik mit dem begrifflichen Apriorismus identifiziert, die rein abstrakte Kategorie des Zwecks mit bestimmten konkreten Zwecken verwechselt. Mit dem gleichen Rechte könnte man dem Naturforscher die Anweisnng geben, bei der Erklärung der Naturwelt sich nicht der logischen Methode zu bedienen, sondern allein von dem Gedanken auszugehen, dass die Ursache der Schöpfer der ganzen Welt ist. Der Naturforscher würde aber nicht wenig staunen, dass man ihm rät, von dem Punkte auszugehn, den er gerade sucht.

Da wo der Zweck eines Rechtsgebildes bekannt ist, kann er nns als Erklärungsmittel ausserordentliche Dienste leisten, wie in gleicher Weise die Kenntnis einer Naturkraft den Naturforscher stets neue Wahrheiten entdecken lässt; aber wie die Naturkräfte (Ursachen) nnr mittels der logischen Methode erkannt werden können, so kann auch die Rechtswissenschaft der Logik nicht entraten, will sie die letzten Zwecke des Rechtes aufdecken.

Eine teleologische Methode in der Rechtswissenschaft in dem Sinne, dass dieselbe an Stelle der logischen Methode gesetzt werden könnte, kann hiernach ebensowenig als zweckmässig anerkannt werden, als etwa eine kausale Methode in den Naturwissenschaften. Von diesem Irrtum abgesehn, sehe ich gleichwohl die Betonung des Zweckgedankens als ein grosses Verdienst Jherings an. Wie der Naturforscher von dem Glauben ausgehen muss und ausgeht, dass alle Naturvorgänge von letzten Ursachen beherrscht werden, nnd er diese Ursachen sucht, um den inneren Zusammenhang des Naturgeschehens zu erkennen, so muss anch der Jurist die hinter den Rechtsmitteln stehenden Rechtszwecke zu erkennen suchen, um aus den erkannten die Rechtsdinge zu erklären. Die Erklärung aus den erkannten Zwecken kann nnserer Wissenschaft noch grosse Dienste leisten. Die Perspektive, welche Jhering in der Vorrede zu seinem Werke

„Der Besitzwille“ (p. X Anm. 2) eröffnet, lässt sich noch um ein Bedeutendes erweitern.

Damit aber die die Rechtsmittel beherrschenden konkreten Zwecke als „Interpretationsprinzipe“ die Dienste leisten können, welche ihnen Jhering nachrühmt, müssen sie uns zunächst bekannt sein. Ausgeschlossen ist es ja nicht völlig, ihre Kenntnis durch eine glückliche Hypothesenbildung zu gewinnen; dem Forscher aber, der nicht über die gleiche Genialität wie Jhering verfügt, verbleibt nur der mühsame Weg der Logik. Doch auch die das Richtige treffende Hypothese bedarf des Beweises; dieser ist aber wieder nur mit den Hilfsmitteln der Logik zu erbringen.

Hatte schon im Beginn des vorigen Jahrhunderts die französische Rechtswissenschaft den folgenschweren methodologischen Fehler begangen, zum ausschliesslichen Gegenstande ihrer Untersuchungen den in den Gesetzbüchern Napoleons enthaltenen Rechtsstoff zu nehmen, so verdient ihre Logik kein grösseres Lob als diejenige unserer historischen Schule. Die Mängel sind hüben wie drüben dieselben. Geny widmet in seinem vorhin genannten Werke den „Abus des abstractions logiques dans la méthode juridique traditionelle“ ein interessantes Kapitel (a. a. O. S. 111).

Auch Geny hat offenbar die eigentlichen Mängel der Logik der französischen Doktrin nicht erkannt; der Nachweis dieser Behauptung würde einer eingehenden Kritik seines ganzen Werkes bedürfen; sie kann aber schon durch die Wiedergabe der folgenden Ausführung über die Bedeutung der juristischen Konstruktion glaubhaft gemacht werden (S. 129 f.): „Comment advient-il pourtant que ces éléments formels, purement parasites, ce semble, s'introduisent, comme d'eux-mêmes, dans la sphère juridique, et y occupent une place nécessaire? C'est qu'il faut à la science une forte systématisation, qui en relie les diverses parties, rattache les effets aux causes, et fonde le tout en une unité harmonique. — Ici, précisément, intervient la technique juridique avec ses procédés de logique abstraite, ses conceptions à priori, sa dialectique serrée, ses constructions idéales. Faut-il se borner à lui reconnaître une utilité purement didactique et théorique? On a paru le penser dans le camp de ceux qui ont

cherché récemment à réagir contre les déviations de cette technique. (Cpr. Jhering, Unsere Anfgabe dans: Jahrbücher für Dogmatik, t. 1, 1857, p. 11, p. 18—20, notamment p. 19.) Tel ne serait pas cependant mon sentiment. Indépendamment de leur rôle dans l'édification théorique de la science, j'estime que les abstractions logiques peuvent et doivent faire progresser la pratique et conduire à la déconverte de solutions nouvelles, en fécondant les raisons, toutes concrètes, des institutions, au moyen de conceptions, qui, jouant à leur égard le rôle d'idées-forces, permettent d'en tirer des effets inaperçus ou d'y rattacher de plus équitables conséquences. En ce sens, les constructions logiques doivent conserver leur rôle capital dans toute méthode de droit positif."

Es ist hierzu zu sagen: Soweit die juristischen Konstruktionen den Anforderungen entsprechen, die vom logischen Standpunkt an sie gestellt werden müssen, verdienen sie überhaupt keine Kritik, von einem „abus des abstractions logiques" kann dann gar keine Rede sein.

Ist erst mit den Mitteln der „niedern Jurisprudenz" der Rechtsstoff festgestellt, so kann es überhaupt keine höhere Aufgabe für die Dogmatik geben, als durch das Mittel der generalisierenden Abstraktion die das gesamte Erfahrungsmaterial beherrschenden Gesetze zu gewinnen, sowie dasselbe in Begriffe zusammenzufassen. Die Aufdeckung der höchsten Gesetze muss, wie wir sehen werden, mit der Aufdeckung der letzten Zwecke des Rechts zusammenfallen; die Zusammenfassung des Rechtsstoffes zu Begriffen findet in der systematischen Anordnung ihren letzten Abschluss. Sind die letzten Zwecke erkannt, ist das System aufgebaut, so hat die Dogmatik ihre Aufgabe erfüllt; sie hat geleistet, was sie leisten kann. Soweit „die Vertiefung in die substantielle Idee der Gerechtigkeit und Sittlichkeit, wie sie in den einzelnen Rechtsinstituten und Rechtssätzen zum Ausdruck und zur Verwirklichung gelangt" (Jhering, Geist III S. 361), mit der so gekennzeichneten Aufgabe der Dogmatik nicht zusammenfällt, gehört sie vielmehr in das Gebiet der Ethik. Jhering selbst hat den besten Beweis für diese Behauptung durch sein Werk: Der Zweck im

Recht erbracht, dem er auch nachträglich den Titel: Das teleologische System der sittlichen Weltordnung beilegte.

Für gänzlich ausgeschlossen halte ich es ferner nicht, dass das Rechtsleben mit dem, was ihm die Rechtswissenschaft, die die hier gekennzeichneten Grenzen innehält, bietet, nicht auskommen kann; gleichwohl ist es um deswillen nicht gestattet, das Gebiet der Rechtswissenschaft zu erweitern; sie kann und darf nicht über die Erklärung des vorhandenen Rechtsstoffes hinausgehen. Das Gebiet, welches ihr Geny noch jenseits der Analogie eröffnen will, ist das Gebiet der allgemeinen Soziologie. Eine andere Frage ist es, ob der Richter, wenn alle positiven Rechtsquellen schweigen, sich von dorther seine Gesichtspunkte holen, d. h. von der Rechtsanwendung zur Rechtssetzung übergehen darf, — der Vorentwurf des Schweizer BGB. enthält in seinem ersten Artikel den Satz: „Kann der Richter nach keiner dieser Quellen (Gesetz, Gewohnheitsrecht, bewährte Lehre) das Recht schöpfen, so hat er sein Urteil nach der Regel zu sprechen, die er als Gesetzgeber aufstellen würde" — ein rechtswissenschaftliches Problem löst er dann aber jedenfalls nicht.

Sind hiernach die logischen Abstraktionen, d. h. die auf streng logischem Wege gewonnenen, das höchste Ziel der Rechtswissenschaft, macht ihre Bildung den Inhalt der „höheren Jurisprudenz" aus, so ist es auf der andern Seite gänzlich unmöglich, diejenigen „conceptions à priori", die die Konstruktionsprobe (Jhering, Geist III S. 375) nicht zu bestehen vermögen, irgendwie in Schutz zu nehmen, ihnen gar die Bedeutung von „idées-forces" beizumessen; sie können nimmermehr die Grundlage einer „forte systématisation" bilden; sie führen vielmehr notwendig denjenigen, der sie zum Ausgangspunkte seiner Denkoperationen nimmt, auf Irrwege.

Schwierig wird es freilich oft sein, zu unterscheiden, ob eine Konstruktion zu jenen weissen Böcken gehört oder zu den schwarzen, die als wertlos verworfen werden müssen; kein Rechtsdenker wird je von sich behaupten können, dass alle die von ihm aufgestellten Abstraktionen auch der strengsten Kritik Widerstand leisten werden, die Wissenschaft ist eben zum Irrtum verdammt, und der Rechtswissenschaft fehlt vor allem das

Experiment, mittels dessen der Naturforscher in den meisten Fällen seine Aufstellungen zu erhärten vermag; aber auch der Rechtsdenker ist in der Lage, die Summe seiner Irrtümer dadurch auf ein Minimum zu reduzieren, dass er es sich zur Aufgabe macht, die Normen, welche die allgemeine Logik für die Denkoperationen aufstellt, streng zu beobachten.

Im folgenden sollen die für die Rechtsdogmatik wichtigsten Sätze der Logik kurz berührt werden.

4. Fiktionen.

§ 4.

„Die höheren Grundgesetze vermag die Wissenschaft nur zu erkennen, wenn sie vor allem die Grundbedingung erfüllt, dass sie das Leben selbst als eine Wahrheit anerkennt; dass sie keine Annahmen, keine Sätze aufstellt, die mit der Lebenswahrheit im Widerspruche stehen; dass sie daher ohne Ausnahme alle Fiktionen verbannt, die sie selbst sehr richtig bezeichnet als Annahmen von etwas, was an sich nicht existiert, um rechtliche Folgen daran zu knüpfen. — Fiktionen, welche Kant für die Naturwissenschaft als Ruhekissen der Denkträgheit bezeichnete, und Quasiannahmen sind als ein Hemmschuh der Wissenschaft zu betrachten, weil sie, so unbedeutend sie öfter sein mögen, in dem Gewissen die Nötigung nicht aufkommen lassen, nach solchen Begriffen zu forschen, durch welche das Rechtsverhältnis unmittelbar getroffen wird." (Ahrens, Rechtsphilosophische Einleitung in Holzendorffs Encyclopädie S. 7)[1]).

Ich glaube, wenigstens im Gebiete des Vermögensrechts würde unsere ganze Rechtsanschauung eine von der jetzt

[1]) Cf. auch Paul Müller, die Elemente der Rechtsbildung und des Rechts S. 451, 452. Demelius, Die Rechtsfiktion (1858) S. 79: „Für so notwendig und förderlich jeder das Zurückführen des dogmatischen Stoffes auf möglichst wenige, einfache und scharfe Prinzipien halten wird, für so verwerflich und die wahre Erkenntnis nur zu trüben geeignet gelten muss jene Verwechselung der durch Fiktion möglicherweise zu bewerkstelligenden juristischen Bezeichnung eines Rechtsverhältnisses mit dem logisch-juristischen Fundamente der dasselbe beherrschenden Norm".

herrschenden grundverschiedene sein, hätte die Rechtswissenschaft diese Mahnung Ahrens' stets befolgt.

Aber die Jurisprudenz ist nicht nur weit davon entfernt, dieselbe zu beherzigen, und ihr nachzuleben [1]), im Gegenteil, es treten Propheten auf, die den Mut haben, dem Juristen den Gebrauch der Fiktionen anzupreisen.

„Es scheint mir an der Zeit", schreibt Bierling (Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe Bd. II S. 85), „einmal ein Wort einzulegen gegen den gerade von mehreren unserer bedeutendsten Juristen geförderten Aberglauben, dass es eine Aufgabe der Wissenschaft sei, das Arbeiten mit Fiktionen schlechthin zu vermeiden".

Bierling stellt in den diesem Ausspruch vorhergehenden Ausführungen einen Begriff des Rechtssubjektes auf, in den er ein Merkmal aufnimmt, das, wie er selbst zugibt, auf Kinder und Geisteskranke nicht passt. Bei dieser Sachlage musste sich Bierling unter Aufgabe dieses Merkmals nach einer anderen Formulierung des Begriffs des Rechtssubjektes umsehen, — damit fiel allerdings ein erheblicher Teil seiner Untersuchung über die juristischen Grundbegriffe in sich zusammen — oder er hätte zu dem Schlusse gelangen müssen, dass Kindern und Blödsinnigen die Rechtsfähigkeit schlechthin zu versagen sei. Leicht verständlich ist es, dass Bierling sich weder zu dem einen noch zu dem anderen entschliessen konnte. Er zieht vielmehr vor, einen Mittelweg einzuschlagen. „Leugnen kann ich nicht," sagt er (S. 83), „dass für die erste Kindheit, für Blödsinnige u. dgl. überhaupt die Annahme irgend welcher, selbst nur instinktiver Anerkennung von Gemeinschaftsnormen bedenklich erscheinen muss. Und was wichtiger ist, es werden in unseren positiven Rechten nicht nur die letzteren Personen, sondern schlechtweg alle Kinder unter sieben Jahren, schlechtweg alle Wahnsinnigen usw. als vollständig unzurechnungsfähig behandelt und somit streng genommen auch als unfähig zu einer selbständigen Anerkennung als Gemeinschaftsgenossen, jedenfalls als unfähig einen Verfügungsanspruch zu haben, zu

[1]) Ich vermag nicht, wie Bekker (Pand. I S. 144) in der modernen Literatur „einen wachsenden Widerwillen gegen Fiktionen" zu erkennen.

dessen reeller Existenz ausser der Anerkennung der betreffenden Norm stets noch die tatsächliche und rechtliche Willensfähigkeit gehört. Wenn sie also trotzdem nach denselben positiven Rechten in gewissem Umfange als rechtsfähig gelten, und demgemäss auch von subjektiven Rechten derselben gesprochen wird, ja selbst allgemeinhin von solchen, zu deren vollem Inhalt auch ein Verfügungsanspruch gehört, so bleibt eben nichts übrig, als zu bekennen, dass sie auch insoweit nur als Rechtssubjekte vorgestellt, gedacht, fingiert werden."

Zweifellos ist durch die Feststellung, dass Kinder und Blödsinnige keine Rechtssubjekte sind, sondern nur als solche fingiert werden, die Schwierigkeit beseitigt, die Bierling daraus entsteht, dass diese Personen nicht einmal instinktiver Anerkennung von Gemeinschaftsnormen fähig sind, aber nun, meine ich, geraten wir aus der Scylla in die Charybdis; wie soll man sich nun das Rechtsverhältnis denken, das zwischen diesen Personen und den Lebensgütern besteht, die sie ihr Eigen nennen, und in deren Genuss die positiven Rechte sie ebensogut schützen, wie alle anderen Personen?

Bierling sagt S. 87: „Die wiederholt aufgeworfene Behauptung, dass jede von der Wissenschaft festgehaltene Fiktion ein ungelöstes Problem bedeute, ist noch in keiner Weise bewiesen, ja, ein Beweis in dieser Richtung in Wahrheit gar noch nicht versucht worden".

Merkt denn Bierling nicht, dass durch den von ihm aufgestellten Satz, die Kinder und Blödsinnigen seien keine Rechtssubjekte, sie würden nur als solche gedacht, nicht nur ein ungelöstes, sondern ein unlösbares Problem entsteht, nämlich die Frage, wie die Tatsache zu erklären ist, dass ein nur in der Vorstellung bestehendes, in Wirklichkeit nicht vorhandenes Rechtsverhältnis von allen positiven Rechten der Welt so behandelt wird, als wenn es bestände.

Bierling glaubt sich in seinem Kampfe für die Fiktionen auf Jhering stützen zu können; er übersieht aber dabei, dass Jhering und auch Savigny, auf den Jhering Bezug nimmt (Geist Bd. 4 S. 301 ff.), nur die sogenannten historischen Fiktionen (cf. auch bei Jhering a. a. O. Anm. 422a), nicht aber die dogmatischen in Schutz nehmen. Der Satz Jherings: „Besser

Ordnung mit Fiktion, als Unordnung ohne Fiktion!" gilt nur von den ersteren. Ob aber der Gebrauch dieser Fiktionen als zulässig anerkannt werden soll, oder zu verwerfen ist, ist eine Frage der Gesetzgebungskunst, nicht der Methodik der juristischen Untersuchung [1]).

Nur insofern interessieren diese Fiktionen auch hier, als durch den Gebrauch derselben seitens des Gesetzgebers der Wissenschaft die Aufgabe entsteht, an Stelle der „technischen Notlüge", deren sich der Gesetzgeber bediente, die Wahrheit zu setzen; insofern gilt auch diesen Rechtsdichtungen gegenüber, wenn auch in einem anderen Sinne die Mahnung Ahrens', ohne Ausnahme alle Fiktionen zu verbannen.

Ehe ich auf die Argumente eingehe, die Bierling zur Verteidigung der Fiktionen anführt, möchte ich noch auf eine besondere Art derselben hinweisen, deren Gebrauch mir zuerst bei Endemann aufgefallen ist, die aber keineswegs eine Eigentümlichkeit dieses Schriftstellers darstellt.

Für Endemann (Lehrbuch II § 39, 1a) ist zum Erwerb des Besitzes durch einen Besitzdiener absolutes Erfordernis „der Wille des Besitzherrn, durch den Besitzdiener eine bestimmte Sache seiner Gewalt unterzuordnen". Nun, glaube ich, wird Endemann nicht behaupten wollen, dass dieses Doppelerfordernis identisch ist mit dem Subordinationsverhältnis, in dem sich der Besitzdiener (möglicherweise) befindet, so dass unbedenklich das eine Erfordernis an Stelle des anderen gesetzt werden könnte, wie etwa 4 an die Stelle von 2 mal 2; gleichwohl erklärt Endemann: „Anweisung und Auftrag sind im einzelnen nicht erforderlich; das Subordinationsverhältnis ersetzt beides" [2]). Hier

[1]) Unbedingt zu verwerfen ist jedoch der Gebrauch derjenigen Fiktionen, deren sich der moderne Gesetzgeber häufig bedient, um Widersprüche zu bemänteln, die sich aus der gleichzeitigen Sanktionierung gänzlich unvereinbarer Prinzipien ergeben. Eine solche Fiktion enthält z. B. § 1953 BGB. Zu dieser Notlüge war man gezwungen, da das Prinzip des § 1922 mit dem Annahme- und Ausschlagungsprinzip der §§ 1942 ff. schlechthin unverträglich ist. Aus beiden Prinzipien hat der Gesetzgeber Konsequenzen gezogen; hier, wie Planck es tut (V. S. 33 Nr. 3 Ende), die eine Reihe von Konsequenzen als Ausnahmevorschriften anzusehen, ist nichts als ein weiterer frommer Selbstbetrug.

[2]) Vielleicht will Endemann auch sagen, das Subordinationsverhältnis ersetze Anweisung und Auftrag. Auch dann liegt derselbe Fehler vor.

scheint mir Endemann an Stelle eines X ein U zu setzen, doch vermag ich nicht einzusehen, was ihn hierzu berechtigt.

Nach Endemann ist nur der Besitzer, welcher die tatsächliche Gewalt hat[1]. In Wirklichkeit hat nun aber der mittelbare Besitzer die tatsächliche Gewalt nicht; wie soll dieser Widerspruch aus der Welt geschafft werden? Die tatsächliche Gewalt wird hier nach Endemann durch das konkrete Rechtsverhältnis ersetzt, wonach der Besitzvermittler den anderen als den Oberbesitzer anerkennen muss: „Daraus folgt," sagt Endemann (§ 32), „dass alles Gewicht auf die feste zivilrechtliche Verbindung zu legen ist, die für den Besitzmittler dem bestimmten Besitzherrn gegenüber hergestellt ist, denn nur so kann ein Rechtsverhältnis die Ersatzfunktion für die tatsächliche Gewalt übernehmen."

Durchforscht man die Literatur des verflossenen Jahrhunderts, so wird sich vielleicht herausstellen, dass diese Methode der logischen Surrogate sehr oft hat aushelfen müssen, um unzulängliche Theorien zu flicken; macht doch selbst ein Windscheid von derselben unbedenklich Gebrauch. Nach ihm gehört zum Eigentumsübergang durch Rechtsgeschäft unter Lebenden neben dem Veräusserungs- und Erwerbswillen der Beteiligten die Übergabe. Nun findet aber im Falle der brevi manu traditio und des constitutum possessorium keine Übergabe statt. Um diese Tatbestände mit seiner Theorie in Einklang zu bringen, lehrt Windscheid (§ 172 Nr. 8): „Die Übergabe wird ersetzt a) wenn der Erwerber die Sache bereits in Händen hat, dadurch, dass er sie mit dem Willen des Übertragenden behält; b) wenn ein Grund vorhanden ist, kraft dessen der Übertragende die Inhabung behält, dadurch, dass der Übertragende sie für den Erwerber zu haben anfängt." Viel guter Wille gehört auch dazu, im Falle der l. 6 D. 39. 5 eine „Übergabe" anzunehmen. Ulpian selbst sagt dort: quasi traditio enim facta videtur. Hätte Windscheid dieses Ersatzverfahren als unrichtig erkannt, so wäre ihm nur übrig geblieben, entweder die Normen über den Eigentumserwerb durch brevi manu traditio und constitutum

[1] E. definiert den Besitz (§ 25) als „das sozial ausgeprägte, befriedete Gewaltverhältnis eines Menschen über eine Sache".

possessorium als prinzipwidriges Ausnahmerecht hinzustellen, oder er hätte, da letztere Aufstellung doch wohl nirgends Anklang gefnnden haben würde, den Versuch machen müssen, alle Fälle dieses Eigentumserwerbs auf ein einheitliches Prinzip znrückzuführen.

Ob Bierling anch diese Art der Surrogatfiktionen in Schntz nehmen würde?

Vielleicht wird man bei näherem Znsehen herausfinden, dass die Methode der jnristischen Surrogate nichts mit der Methode der Fiktionen gemein habe, und dass ich in denselben Fehler wie Endemann verfalle, wenn ich dieselben gleichstelle; ich will darüber nicht streiten, gleichwohl scheint mir aber das Verfahren Windscheids und Endemanns keine besondere Widerlegung zn erheischen, und kann ich daher, ohne auf diesen Einwurf weiter einzugehen, hier sofort in eine Prüfung der Argnmente Bierlings eintreten.

Bierling sucht den Nachweis zu führen, dass die Fiktion nicht nur nicht ein der Jurisprudenz eigentümlicher Notbehelf sei, sondern sogar in hervorragender Weise von denjenigen Wissenschaften als Hilfsmethode benutzt werde, welche mit Recht als exakte bezeichnet werden.

Bierling unterstützt seine Behauptnng durch drei Beispiele. „Was ist es anderes als Fiktion," meint er, „wenn die Astronomie auch heute noch technisch von Sonnenaufgang und -untergang, von Mond- und Sternenanfgang usw. spricht? Und doch würde man es einfach lächerlich finden, wenn jemand für nötig erklärte, statt „Zeit des Sonnenaufgangs" künftig zu sagen: die Zeit, wo die Erde so zur Sonne zu stehen kommt, dass die Sonne am Horizont eines bestimmten Ortes sichtbar wird."

Ich glanbe, dass Bierling hier die Gedanken der Astronomen mit ihren Worten verwechselt. Fingieren heisst sich etwas anders vorstellen, als es in Wirklichkeit ist. Nach Bierling sind die Blödsinnigen keine Rechtssubjekte, sie werden nnr als Rechtssubjekte vorgestellt, gedacht, fingiert. Etwas ganz anderes wäre es, wenn sie nur inkorrekter Weise als solche **bezeichnet** würden. Der Astronomie kommt es dagegen nicht in den Sinn, sich ernstlich Sonne, Mond und Sterne in der Weise als auf- und nntergehend vorznstellen, wie es der naiven Anschauung

entspricht; sie bedient sich lediglich einer althergebrachten kurzen Redewendung, über deren Sinn sie sich vollkommen klar ist.

Aus ganz denselben Erwägungen scheint sich mir auch folgendes Beispiel zu erledigen: „Dass ferner Licht und Farbe, Schall und Ton, Wärme und Kälte nicht sowohl Eigenschaften der Körper, als vielmehr der Empfindungen und Vorstellungen sind, welche mit der Einwirkung der Aussenwelt auf unsere Sinne verbunden sind, ist gleichfalls keinem ordentlichen Physiker heutzutage unbekannt. Aber es erregt bei niemand Anstoss, wenn gerade der Physiker von dieser Erkenntnis regelmässig abstrahiert und ganz ungeniert von farbigen Körpern, von tönenden Saiten, ja sogar von unsichtbarem Lichte und von unhörbaren Tönen redet, will sagen als Eigenschaften oder Tätigkeiten der Dinge fingiert, was nur den Vorstellungen angehört, welche gewisse von den vorgestellten Dingen ausgehende Erregungen der Luft oder des Äthers durch Vermittelung unseres Nervensystems in uns hervorrufen oder hervorrufen würden, wenn unsere sinnliche Rezeptivität noch weiter reichte, als sie wirklich reicht.“

Bierling fügt hinzu: „Freilich sprechen die gedachten Wissenschaften in solchen Fällen meistens nicht von einer Fiktion, sondern sie lassen sich genügen, am geeigneten Orte zu bemerken, wie sich die Vorstellungsweise, welcher sie hier Ausdruck leihen, zur Wirklichkeit verhält.“

Ich glaube, dass hier Bierling den Physikern einen Vorwurf macht, den sie nicht verdienen; wenn die Physiker von tönenden Saiten sprechen, so nehme ich zu ihren Gunsten an, dass sie sich nicht die Saiten als tönend vorstellen, denken, fingieren, sie bedienen sich vielmehr dieser, der Sprache des täglichen Lebens entnommenen Redewendung nur, um in kurzer Weise einen Vorgang zu bezeichnen, den sie sich nicht anders vorstellen und denken, als er wirklich ist; und um nicht von Uneingeweihten missverstanden zu werden, „lassen sie sich genügen, am geeigneten Orte zu bemerken, wie sich diese Ausdrucksweise, der sie sich hier bedienen, zur Wirklichkeit verhält“. Also nicht die Vorstellungsweise, sondern lediglich

die Ausdrucksweise entspricht nicht der Wirklichkeit; es wird hier nichts anders gedacht, als es wirklich ist.

Bierling gibt noch ein drittes Beispiel: „Die ganze sog. reine Mechanik beruht auf einer rein fiktiven Voraussetzung: sie denkt alle Körper gleichmässig als vollständig starr, obgleich sie sehr wohl weiss, dass in Wirklichkeit dieses Prädikat vollständiger Starrheit keinem Körper eignet.“

Die Widerlegung dieses Arguments überlasse ich demjenigen unserer heutigen Logiker, auf den sich Bierling ausdrücklich in seinem Artikel über Fiktionen in Holtzendorffs Rechtslexikon beruft.

„Wenn Bierling“, so führt Wundt aus (Logik III S. 569), „die juristischen Fiktionen mit den Voraussetzungen der reinen Mechanik und anderen fiktiven Voraussetzungen der exakten Naturwissenschaften in Parallele bringt, so muss ich die Berechtigung dieser Vergleichung bestreiten. Der Begriff des absolut starren Körpers in der Mechanik z. B. ist dadurch entstanden, dass man gewisse Eigenschaften der wirklichen Körper, geometrische Ausdehnung und Masse, allein berücksichtigt und von allen anderen Eigenschaften abstrahiert. Von einer Subsumtion unter einen koordinierten Begriff des nämlichen oder eines anderen Gebietes, wie eine solche das Wesen jeder juristischen Fiktion ausmacht, ist hier nirgends die Rede, während umgekehrt bei der Fiktion jene isolierende Form der Abstraktion, auf der alle abstrakten Hypothesenbildungen der Physik beruhen, ganz fehlt. Die physikalische Hypothese und die juristische Fiktion haben also logisch nur das negative Merkmal gemein, dass sie der Wirklichkeit nicht entsprechen. In diesem negativen Merkmal treffen sie aber auch mit jeder beliebigen Einbildung oder Erdichtung zusammen.“

Ich möchte dieser Bemerkung Wundts noch folgendes hinzufügen: es ist nicht richtig, dass sich der Physiker die Körper gleichmässig als vollständig starr denkt; er untersucht nur die Wirkungen, die eintreten würden, wenn die Körper vollständig starr wären; er stellt sich aber die Wirklichkeit nicht anders vor, als sie ist, was der tut, der die Rechtsfähigkeit der Blödsinnigen leugnet und sie sich gleichwohl als Rechtssubjekte denkt, vorstellt, fingiert. Etwas anderes wäre es, wenn der,

welcher dem Blödsinnigen die Rechtsfähigkeit abspricht, sich darauf beschränkte, zu untersuchen, welche Rechtswirkungen eintreten würden, wenn er sich dieselben einmal als Rechtssubjekte dächte; doch meine ich, lässt sich in der Jurisprudenz mit solchen Hypothesen nichts erreichen.

Ich glaube hiernach nicht, dass es Bierling gelungen ist, den Satz zu erschüttern, dass jede von der Wissenschaft festgehaltene Fiktion ein ungelöstes Problem bedeutet; mir scheint vielmehr Wundt durchaus das Richtige zu treffen, wenn er die Methode der juristischen Fiktionen als ein theoretisch fehlerhaftes Verfahren bezeichnet (Logik III S. 569).

5. Begriffe.

§ 5.

Schneider und Habicht geben im Vorwort zu ihren Rechtsfällen zur Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch den jüngern Rechtsbeflissenen den Rat, „bei der Entscheidung von Rechtsfragen zunächst ihr Rechtsgefühl zu befragen und erst das darnach Gefundene auf der Goldwage streng juristischer Prüfung nachwägen zu wollen; nur so“, setzen sie hinzu, „kann der leidigen, unser Rechtsleben noch so mannigfach schädigenden Geneigtheit gründlich vorgebeugt werden, die Streitfälle unbekümmert um ein verständiges Ergebnis zu „konstruieren“; den Tatsachen, um in einem anderen Bilde zu sprechen, das Netz der juristischen Begriffe derart überzuwerfen, dass sie darunter ersticken“.

In diesem Rat der beiden Praktiker liegt ein schwerer Vorwurf für die Rechtstheorie. Was Schneider und Habicht dort sagen, heisst nichts anderes: die Definitionen, die die Rechtswissenschaft, die sogenannte höhere Jurisprudenz Jherings, bietet, verdienen kein Vertrauen; man kann mit denselben nicht operieren, ohne sich der Gefahr auszusetzen, zu durchaus unhaltbaren Resultaten zu gelangen.

Dieser Vorwurf ist, wie mir scheint, nicht unberechtigt.

Es kommt mir nicht in den Sinn, die Verdienste der bisherigen Rechtsschulen um die Lehre des Vermögensrechts schmälern zu wollen. Durch die geschichtliche Behandlung,

welche die historische Schule dem römischen Recht hat angedeihen lassen, hat der in demselben enthaltene Rechtsstoff eine Läuterung erfahren, ohne die an eine Weiterverarbeitung desselben ernstlich nicht zu denken wäre. Aber die Hauptarbeit steht noch aus. Die Rechtswissenschaft ist eine systematische Wissenschaft, keine historische. Die Rechtsgeschichte steht ihr nur als die wichtigste ihrer Hilfswissenschaften zur Seite.

Wenn Windscheid (Pand. § 9) der historischen Schule des 19. Jahrhunderts im Gegensatz zu der des 16. Jahrhunderts „die gesteigerte Aufmerksamkeit auf die scharfe Ausprägung der Begriffe und auf den Nachweis des systematischen Zusammenhangs zwischen den einzelnen Sätzen des römischen Rechtes“ nachrühmt, so beweist dies nur, dass diese historische Schule bereits erkannte, dass mit der rein geschichtlichen Behandlung des römischen Rechts die Rechtswissenschaft ihre Aufgabe nicht erfüllen konnte.

In Wirklichkeit scheint mir aber mit der „scharfen Ausprägung der Begriffe“ erst der allererste Anfang gemacht zu sein; denn kaum dürfte die Lehre des gemeinen Rechtes eine Definition aufzuweisen haben, die Theorie und Praxis die Dienste zu leisten imstande wäre, die sie eigentlich leisten sollte.

Die Jurisprudenz ist so gezwungen, mit Anfwendung einer ausserordentlichen dialektischen Kunst die absurden Folgen, die sich nur zu oft aus den allgemein anerkannten Begriffsbestimmungen ergeben, wieder aus der Welt zu schaffen (cf. Wundt, Logik II, 1 S. 7; auch Jhering, Geist Bd. 3 § 41 S. 378).

Wenigen Lehren hat die historische Schule ein solches Interesse entgegengebracht, wie derjenigen des Besitzes, und doch ist es ihr nicht gelungen, eine Definition desselben aufzustellen, mit der man auch nur die einfachste Rechtsfrage mit Sicherheit lösen könnte.

Dies wenig erfreuliche Resultat legt den Gedanken nahe, der Begriff des Besitzes sei überhaupt undefinierbar. Kein Geringerer als Goldschmidt hat demselben denn auch wirklich unter grossem Beifalle Biermanns (cf. dessen Kommentar zum Sachenrecht des BGB. unter § 854) Ausdruck verliehen. Für Goldschmidt ist der Besitzbegriff „ein sozialer Gewaltbegriff,

im einzelnen je nach der zeitigen Verkehrsanschauung zu wechselnder Beurteilung der Tatbestände führend, ein Machtverhältnis, welches dem Gemeinbewusstsein als tatsächliche Herrschaft erscheint, das aber keine juristische Analyse, nur eine kasuistische Exemplifikation gestattet".

Ich sollte meinen, solche Eile hat es nicht, dass die Rechtswissenschaft ihren Konkurs anmeldet [1]).

Freilich wird die Praxis vorderhand besser daran tun, Fragen, „ob die Gummischuhe, die ich bei einem Freunde habe stehen lassen, noch in meinem Besitze stehen oder in den des Freundes gelangt sind", nach dem Rechtsgefühle, nicht aber nach irgend einer Definition des Besitzes zu entscheiden; eine juristische Begründung wird sich nachträglich schon finden lassen, auf den Wert der letzteren kommt es ja weniger an, wenn nur die sachliche Entscheidung gut ist.

So ganz entbehrlich ist aber doch die Theorie nicht, wie es hiernach vielleicht scheinen möchte. Nicht jeder judex pedaneus ist mit einem so wunderbar sicher treffenden Rechtstakt begabt, wie wir ihn bei den grossen klassischen römischen Juristen bewundern. Bei uns modernen Juristen versagt bei etwas feineren Fragen das Rechtsgefühl vollkommen, und ich glaube, dass gerade bei den Deutschen letzteres am wenigsten ausgebildet ist.

Soll daher die Rechtsanwendung da, wo sie sich nicht unmittelbar auf eine klare Gesetzesbestimmung stützen kann, nicht in ein bedenkliches Tasten ausarten, so muss die Lehre des Vermögensrechts den Versuch machen, Definitionen zu schaffen, mit denen die Praxis mit der gleichen Sicherheit operieren kann, wie der Mathematiker mit seinen Begriffen und Formeln.

Aber nicht nur im Interesse der Praxis, sondern ebensosehr im eigenen Interesse muss die Rechtstheorie nach unbedingt zuverlässigen Begriffsformulierungen streben, [2]) wenn anders sie

[1]) R. Leonhard, Das neue Gesetzbuch als Wendepunkt der Privatrechtswissenschaft S. 53, rechnet neben Staat, Recht und Person das Eigentum zu den undefinierbaren Begriffen.

[2]) E. J. Bekker, Pand. II Vorr. p. IX: „Die möglichst scharfe Begrenzung aller in Frage kommenden Begriffe ist das erste Bedürfnis ebenso

sich nicht der Gefahr aussetzen will, bei ihren Schlussfolgerungen sich fortwährend falscher Prämissen zu bedienen. Die Juristen sind gewiss nicht unlogischer beanlagt als andere Menschen; wenn sie aber gleichwohl fast immer „anderer Meinung“ sind, so erklärt sich dies eben daraus, dass sie beim jetzigen Stande der Rechtswissenschaft gezwungen sind, sich stets höchst unsicherer Obersätze zu bedienen.

Ich muss es den Logikern überlassen, zu zeigen, auf welchem Wege Begriffe kunstgerecht zu bilden sind[1]; ich kann hier nur die Fragen berühren, welches Ziel sich die Rechtswissenschaft bei ihrer Begriffsbildung setzen muss, und unter welchen Voraussetzungen sie allein hoffen darf, dieses Ziel erreicht zu haben.

Theorie und Praxis müssen mit den Rechtsbegriffen rechnen, sich auf die Definitionen verlassen können, wie der Mathematiker auf seine Formeln[2]; dies ist aber nur möglich, wenn diese

---

der Rechtsübung wie der Rechtslehre.“ Bekker scheint indes unter scharfer Begrenzung (scharfer Ausprägung) der Begriffe etwas ganz anderes zu verstehen, als was hier darunter verstanden wird. Man vergleiche seine Ausführung über den Begriff des Eigentums. (Ernst und Scherz S. 71.) Nach ihm kommt nicht viel darauf an, ob man das Eigentum so oder so definiert. „Denn es fragt sich auch hier, nicht was richtig und was falsch, sondern allein was praktisch, was unpraktisch, was brauchbar für die Zwecke des Lehrers, des Richters, des Gesetzgebers, und was für eben diese nicht zu brauchen ist.“ S. 124 a. a. O.: „es handelt sich nicht um die Erschliessung eines gegebenen festen Kernes, sondern darum, ein für unsere Zwecke brauchbares Bild zu gewinnen.“ S. 125 a. a. O.: „Der Grundfehler der Begriffsjurisprudenz liegt einfach in dem Verkennen dieses Wesens, der Unvollkommenheit und Wandelbarkeit aller juristischen Begriffe.“ — Mag auch der Rechtsstoff „sich bald rasch bald langsam ändern“, für den Dogmatiker bleibt gleichwohl die Wandelbarkeit der juristischen Begriffe bedeutungslos, denn er hat stets nur den Rechtsstoff eines bestimmten Zeitmomentes zu verarbeiten. Die Wandelbarkeit des Begriffes der Obligation wird aber kaum durch die Ausführungen Bekkers a. a. O. S. 124 bewiesen. Dass heute Tatbestände Obligationen erzeugen, die die Römer nicht kannten, und umgekehrt von dem römischen Rechte anerkannte Entstehungsgründe der Obligation aus dem heutigen Rechte verschwunden sind, spricht doch nicht gegen die Konstanz des Wesens der Obligation.

[1]) Mit diesem Problem beschäftigt sich die Abhandlung von G. Rümelin, Juristische Begriffsbildung.

[2]) Cf. hiermit Jhering, Scherz und Ernst S. 342: „Es soll und muss anders werden mit unserer romanistischen Theorie, in der bisherigen Weise

Definitionen uns zeigen, was das Rechtsding immer und unter allen Umständen ist; denn nur unter dieser Voraussetzung sind dieselben geeignet, von Theorie und Praxis als Prämissen verwandt zu werden. Soll aber die Definition diesen Anspruch erfüllen, so darf ihr kein für den Begriff wesentliches Element fehlen, auf der andern Seite darf sie aber auch nicht mit unwesentlichen Elementen belastet werden (Wundt, Logik II S. 43). Ist ein wesentliches Merkmal übersehen, so besteht die Gefahr, dass auf Grund der fraglichen Definition zu Unrecht das Vorliegen eines bestimmten Rechtsdinges angenommen wird; enthält die Definition ein unwesentliches Element, so besteht umgekehrt die Möglichkeit, dass man um ihretwillen die Anwesenheit eines Rechtsdinges verneint, wo sie festgestellt werden muss. Dem Naturforscher mag nun zwar die Frage, welche Elemente als wesentliche, welche als nichtwesentliche anzusehen sind, fast unüberwindliche Schwierigkeiten bereiten; nach Sigwart „müssten wir eine durchdringende Kenntnis der ganzen Welt haben, um zu wissen, was denn wesentliche Merkmale der Naturdinge seien und was nicht"; der Jurist kann aber — ich wenigstens habe diese Überzeugung — mit derselben Sicherheit wie der Mathematiker hinsichtlich der mathematischen Gebilde die Merkmale der Rechtsdinge feststellen, welche vorhanden sein müssen, damit überhaupt von dem fraglichen Dinge die Rede sein kann, sowie von den Merkmalen alle diejenigen scheiden, die sich an dem betreffenden Dinge vielleicht regelmässig beobachten lassen, ja vielleicht besonders in die Augen springen, weil sie dem Rechtsdinge erst seinen höchsten ökonomischen Wert verleihen, aber gleichwohl fehlen können.

Regelmässig mag das Eigentum der Person die vollständige und ausschliessliche Herrschaft über die Sache gewähren (Baron, Pand. § 125), aber „es können die Beschränkungen des Eigentums so zahlreich und umfangreich sein, dass das Eigentum fast auf nichts reduziert ist" (Baron); die Merkmale der Vollständigkeit und Ausschliesslichkeit der rechtlichen Herr-

kann es nicht so weiter gehen, — sie muss ablassen von dem Wahn, als ob sie eine Mathematik des Rechts sei, die kein höheres Ziel kenne, als korrektes Rechnen mit Begriffen."

schaft dürfen daher in der Definition des Eigentums keinen Platz finden.

Regelmässig ist die Obligation das Rechtsverhältnis, wonach eine Person von einer anderen die Leistung einer Handlung oder Unterlassung verlangen kann (Baron, Pand. § 208), aber es gibt auch Obligationen, bei welchen diese Befugnis dem Gläubiger nicht zukommt, wie bei den Naturalobligationen. Regelmässig ist auch die Obligation aktiv und passiv an Personen geknüpft, aber wer ist der Gläubiger einer Inhaberschuld, wenn der bisherige Gläubiger das Inhaberpapier derelinquiert hat? Kein einziger der Bestandteile der angeführten Definition der Obligation dürfte hiernach aufrecht erhalten werden können. Dass derselben ferner noch ein anderer erheblicher Mangel anhaftet, wird sich weiter unten ergeben. Regelmässig wird der Besitzer den Willen haben, die besessene Sache für sich zu haben; aber Kinder und Wahnsinnige können auch besitzen; von einem animus possidendi kann jedoch bei ihnen keine Rede sein; ein solcher lässt sich hier „nur mit Hilfe willkürlicher Annahmen und Fiktionen konstruieren“ (cf. Prot. II Bd. 3 S. 30); m. a. W. nimmt man in die Definition des Besitzes das Moment des Besitzwillens auf, so ist man gezwungen, sich aus der üblen Situation, in die man hierdurch gerät, gegebenenfalls wieder mittels einer Fiktion herauszulügen.

Der Fehler, dass man unwesentliche Merkmale in die Definition aufgenommen oder wesentliche vernachlässigt hat, macht sich stets alsbald dadurch geltend, dass man gezwungen ist, Ausnahmen zu bilden. Lassen sich daher solche Ausnahmen nicht auf eine irrationelle Willkürbestimmung des jeweiligen positiven Rechtes zurückführen, so gestattet das Vorliegen derselben den sicheren Schluss, dass die aufgestellte Definition als eine Beschreibung des Wesens des in Frage stehenden Rechtsdinges nicht gelten kann, dass sich daher auch nirgends aus einer derartigen von Ausnahmen durchlöcherten Definition Schlüsse herleiten lassen. Mit Recht stellt Jhering den Satz auf: „Ein Begriff duldet keine Ausnahmen.“ Schlechthin ist auch seinen Ausführungen zu diesem äusserst wichtigen Prinzip beizupflichten. „Die Jurisprudenz“, sagt er (Geist III § 41 S. 374), „ist wie an das Gesetz, so auch an sich selbst gebunden, sie

darf bei ihren Konstruktionen nicht mit sich selbst, mit den Begriffen, die sie anderwärts aufgestellt hat, in Widerspruch treten, ihre Konstruktionen müssen stimmen, sowohl in sich, als untereinander. Ein Begriff duldet keine Ausnahmen [1]), so wenig, wie ein Körper sich verleugnen, ausnahmsweise etwas anderes sein kann, als er ist. Lässt sich also eine Lage des Körpers auffinden, die mit dem aufgestellten Begriffe unverträglich ist, so fehlt ihm die wissenschaftliche Lebensfähigkeit und das Recht auf Existenz. Ob die Lage eine ungewöhnliche und praktisch wenig belangreiche ist, releviert nichts, denn es handelt sich bei der ganzen Aufgabe nicht um ein praktisches, sondern um ein logisches Problem. Die Probe der Konstruktion besteht darin, dass die Wissenschaft ihren Körper durch alle erdenklichen Lagen hindurchführt, ihn in jede mögliche Verbindung mit anderen Körpern bringt, ihn mit jedem ihrer Lehrsätze vergleicht. Erst wenn alles stimmt, hat er seine Probe bestanden, ist er echt und wahr."

Welche der vielen Definitionen des Vermögensrechts, aus denen Theorie und Praxis ohne Unterlass die wichtigsten Schlüsse ziehen, vermag diese Probe zu bestehen, so dass ihr die wissenschaftliche Lebensfähigkeit nachgerühmt und Recht auf Existenz zugesprochen werden könnte?

Nichts mehr als ein frommer Selbstbetrug ist es, wenn man sich dadurch der infolge der falschen Begriffsformulierung entstehenden Ausnahmen entledigt, dass man sie einfach verschweigt. Dass ein derartiges Verfahren für denkbar erachtet wird, zeigt folgende Ausführung Plancks (Bd. 3 S. 129): „In

[1]) Cf. auch Jhering, Der Besitzwille S. 337; vgl. hiermit R. Leonhard a. a. O. S. 54: „Man kann bei den grundlegenden Begriffen im Wege der Verallgemeinerung nur zur Definition der regelmässigen und häufigsten Bedeutung eines Wortes kommen. . . . Dies wird namentlich für solche Begriffe gelten, die das Gesetzbuch voraussetzt, aber nicht regelt. . . . . Die hergebrachten Definitionen waren eine Kollektivinterpretation älterer, nunmehr beseitigter Quellen, die uns keine Stütze mehr geben." — Gewährten die ihrer Gesetzeskraft nach beseitigten älteren Quellen der Wissenschaft keine Stütze mehr, dann hätte Leonhard recht; es wäre dann eine Feststellung dieser Begriffe unmöglich (cf. oben S. 2). Damit wäre aber auch der Rechtsdogmatik die Existenzberechtigung abzusprechen; höchstens liesse sie sich noch mit Leonhard (l. c. S. 55) als eine Unterart der Philologie auffassen.

der heutigen Wissenschaft besteht Einverständnis darüber (?), dass das Recht der vollständigen und ausschliesslichen Herrschaft über eine Sache als Eigentum zu bezeichnen ist. Verschieden wird nur die Frage beantwortet, ob die Hervorhebung dieses Herrschaftsverhältnisses genügt oder ob in die Definition auch die Beschränkungen mit hineinzuziehen sind, welche das Eigentum unmittelbar durch gesetzliche Vorschriften oder mittelbar durch Rechte Dritter erleidet.“ Ich sollte meinen, die Beantwortung dieser Frage dürfte auch keinen Augenblick zweifelhaft sein. Aber die Schwierigkeiten, die der herrschenden Auffassung des Eigentums durch die sog. Eigentumsbeschränkungen entstehen, sind auch nicht schon dann beseitigt, wenn man in die Definition Wörtchen wie „regelmässig“ (Baron) oder „an sich“ (Windscheid) aufnimmt. Ein eigenartiges Mittel wählt Dernburg, um sich der Ausnahmen zu entledigen, die durch seine Definition des Besitzes entstehen: er nimmt in denjenigen Fällen, die sich unter seinen Begriff des Besitzes nicht subsumieren lassen, teils unvollkommenen Besitz, teils Nebenformen von Besitz an (cf. Das bürgl. Recht III § 17). Es muss Dernburg überlassen bleiben, seine Methode zu rechtfertigen.

Der Satz: „Ein Begriff duldet keine Ausnahmen“, kann jedoch selbst in der Rechtswissenschaft nicht ganz ausnahmslos gelten.

Jhering hat die Möglichkeit notwendiger und somit zulässiger Ausnahmen zwar nicht ausdrücklich in der oben wiedergegebenen Ausführung hervorgehoben, aber implizite berücksichtigt, indem er sagt, die Jurisprudenz ist wie an das Gesetz, so auch an sich selbst gebunden.

Die Rechtswissenschaft kann da, wo die Auslegung eines bestimmten positiven Gesetzes in Frage steht, eine Gesetzesbestimmung nicht unberücksichtigt lassen, die ein gewisses Verhältnis unter einen Begriff subsumiert, unter den es nicht gehört; aber in einem derartigen Falle ist es die Aufgabe der Wissenschaft, das arbiträre Verfahren des Gesetzgebers aufzudecken und die betreffende Norm als das zu bezeichnen, was sie in der Tat ist, nämlich als ius singulare, quod non est producendum ad consequentias. Nach meinem Dafürhalten be-

rnht auf einer derartigen Singularvorschrift der Besitz des Verwahrers gemäss § 868 BGB.[1]).

Ist denn aber der Gesetzgeber nicht frei, die Begriffe, an welche er gewisse Konseqnenzen knüpfen will, zu bestimmen, wie er will? Mit anderen Worten gibt es eine ratio inris, die über dem Gesetzgeber steht, so dass er sich gefallen lassen mnss, dass die Theorie auf Grnnd dieser ratio iuris im Gegensatz zu derselben gebildeten Begriffen und Rechtssätzen die Entwicklnngsfähigkeit versagt? Die Beantwortnng dieser Frage ist für die Auslegung und Kritik der modernen Gesetzgebnngen von der grössten Bedeutung; hier sei nnr soviel gesagt, dass der Gesetzgeber jedenfalls die Begriffe nicht ändern kann, die die Rechtsordnung als bereits vorhandene vorfindet. Dahin gehört vor allen Dingen wieder der Besitz; er ist „ein Lebensverhältnis, an welches die Rechtsordnung nnr herantritt" (Windscheid, Pand. § 37a). Derartigen Begriffen gegenüber muss der Gesetzgeber die allergrösste Enthaltsamkeit üben, will er sich nicht der Gefahr aussetzen, dass ihm Theorie nnd Praxis gänzlich die Gefolgschaft verweigern nnd seine Autorität in erheblicher Weise nntergraben wird. Er darf es nicht einmal wagen, sich darüber anszusprechen, wie ein derartiges Verhältnis entsteht und wie es wieder verschwindet, es sei denn, dass der vielköpfigen Kommission, deren Rat er befolgt, das Wnnder gelnngen sein sollte, mittels einer Abstimmung das Richtige getroffen zn haben[2]). Und selbst dann noch würde der Gesetzgeber den Vorwurf verdienen, sich einen Übergriff in das Gebiet der Theorie gestattet zu haben. Wie der Besitz ist auch das Konknbinat ein Lebensverhältnis, an das die positiven Rechte oft herangetreten sind, um an dasselbe irgend-

[1]) Man kann hier von einem „Eingreifen des Gesetzes in den Verwirklichungsprozess des von ihm selber [bewusst?] zugrunde gelegten Rechtsbegriffs" reden (Jhering, Besitzwille S. 60). Ein solches Eingreifen liegt auch vor, wenn das römische Recht dem Okkupant des Grundstückes eines Abwesenden den Besitz abspricht; nicht aber, wenn dasselbe Recht Besitz für hausuntertänige Personen und an res extra commercium nicht anerkennt (cf. Jhering a. a. O. S. 60 ff.).

[2]) Ist dies aber nicht der Fall, so „hat sich die Rechtsprechung nicht an seine Rechtssätze, sondern an die Korrekturen der Wissenschaft zu halten" (Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 22).

welche Folgen zu knüpfen; welchem Gesetzgeber wird es aber je in den Sinn kommen, Normen darüber aufzustellen, wie dies Verhältnis entsteht und wie es beendet wird[1]).

Eine andere Kategorie von Begriffen verdankt zwar erst der Rechtsordnung ihre Existenz, aber trotzdem ist auch ihnen gegenüber ein Gesetzgeber nicht vollkommen frei, der nicht erst das Gebäude der Rechtsordnung von Grund auf errichtet, dasselbe vielmehr festgegründet vorfindet[2]), daher höchstens noch die innere Einrichtung nach seinem Gutdünken ausführen kann.

Eine weitere Probe, ob eine Definition zuverlässig ist, bildet ferner die Regel, dass jede Definition einer einfachen Umkehrung (conversio simplex) fähig sein muss, „denn eine Definition ist nur dann adäquat, wenn das Definiendum und das Definiens Wechselbegriffe sind, also denselben Umfang haben" (Überweg, Logik § 85 und § 62). Ist der Umfang des Prädikatsbegriffs grösser als der des Subjektsbegriffs, so ergibt sich aus der Umkehr der Fehler der betreffenden Definition sofort: so wenn ich sage: Bäume sind Blätterträger. Anders dagegen im entgegengesetzten Falle. Hier kann die Umkehr zunächst ein richtiges Resultat ergeben. Windscheid sagt § 370: „Ein Darlehn geben heisst: Jemandem eine Quantität vertretbarer Sachen zum Eigentum geben mit der Auflage eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückzugeben." Hier ist es jedenfalls, soweit die Regeln der Konversion in Betracht kommen, richtig zu sagen: jedesmal, wenn ich eine Quantität vertretbarer Sachen jemandem zu Eigentum gebe mit der Auflage eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückzugeben, liegt ein Darlehn vor. Die Fehlerhaftigkeit dieser Definition zeigt sich aber, wenn ich nun dieses Urteil umkehre und sage: jedesmal, wenn ein Darlehn vorliegt, werden vertretbare Sachen zu Eigentum übertragen mit der Auflage eine gleiche Quantität gleicher Sachen

[1]) „Nichts ist unzweckmässiger", sagt Zitelmann (a. a. O. S. 18), „als wenn ein Gesetzbuch Merkmale aufstellen wollte, wann Irrsinn im juristischen Sinne des Wortes anzunehmen sei." Dasselbe ist vom Begriff des Besitzes zu sagen.

[2]) Cf. damit R. Leonhard a. a. O. S. 60: „Die Loslösung des neuen Gesetzbuches von den bisherigen Rechtsquellen." Siehe auch oben S. 4.

znrückzngeben; denn sie nmfasst z. B. nicht den Fall, dass dadurch ein „Darlehn gegeben wird, dass einem Schuldner gestattet wird, das was er schuldig ist, als Darlehn zu behalten“ (Windscheid § 370 zn N. 11).

Eine wichtige logische Norm, die ebenfalls die Lehre des Vermögensrechts sehr oft nnbeachtet gelassen hat, ist der Satz: Die Anfzählung der wesentlichen Merkmale des zu definierenden Begriffes kann nicht durch die Zweckangabe ersetzt werden. Anch auf dieses Prinzip hat Jhering bereits hingewiesen: „Der Begriff“, sagt er (Geist Bd. 3 S. 364), „erfasst den Körper in dem, was er ist. Allein worin liegt dies „Ist“? Man könnte meinen, in dem Zweckmoment, denn die praktische Aufgabe, die er zn lösen habe, enthalte den Grund, warnm er überhaupt existiere, warum er gerade so nnd nicht anders sei, kurz, seinen logischen Schlüssel. Ich will nun allerdings nicht lengnen, dass das Zweckmoment für das (ich meine nicht nur rechtsphilosophische, sondern auch praktisch juristische) Verständnis des Instituts höchst wichtig, ja unerlässlich ist; was ich bestreite ist nur, dass die juristische Theorie darnach definieren darf.“ Etwas weiter fügt Jhering hinzu: „Ist nun aber unsere Wissenschaft nnr eine Theorie der Mittel, soznsagen der materia medica, die das Recht für die Zwecke des Lebens in Bereitschaft hat, so müssen wir die Mittel nach Momenten, die ihnen immanent sind, bestimmen, ganz abgesehen davon, dass eine Bestimmung derselben nach Zwecken, wenn vielleicht auch bei einzelnen denkbar, im allgemeinen unausführbar sein würde. . . . Definieren darf man nur nach einem Moment, nach dem man anch klassifizieren kann; ein Gesichtspunkt, der für die Bestimmung sämtlicher Körper oder die Systematik des Ganzen ungeeignet ist, ist es auch für die Bestimmung des einzelnen“.

Dass es aber nicht immer leicht ist, den Fehler zu vermeiden, nach dem Zweckmoment zu definieren, beweist am besten der Umstand, dass Jhering selbst bei der Definition des Rechts in diesen Fehler verfallen ist (cf. Geist Bd. 4 § 60 und 61, Zweck Bd. 1 S. 443). Mit Recht hebt Windscheid gegenüber der Definition Jherings: „Recht ist rechtlich d. h. durch Klage geschütztes Interesse“, hervor, dass die Rechtsordnung

gewiss nur Rechte zu dem Ende verleihe, um damit das Interesse derjenigen zu befriedigen, denen sie dieselben verleiht, dass aber in die Definition des Rechtes der Zweck, um deswillen es verliehen wird, nicht hinein gehört (Windscheid § 37).

Bemerkenswert ist diese Kritik auch um deswillen, weil sie beweist, dass Windscheid theoretisch wenigstens den Satz anerkennt, dass „nach dem Zweckmoment die juristische Theorie nicht definieren darf".

Vielfach wird es sich vielleicht empfehlen, den Zweck hervorzuheben, um verständlich zu machen, warum gerade diese Merkmale das Wesen des fraglichen Dinges ausmachen. Aber die Zweckangabe kann die Anfzählnng der Merkmale, die das Ding als zweckdienlich erscheinen lassen, nicht ersetzen. Der bekannte Zweck wird die Auffindung dieser Merkmale erleichtern; aber das Wesen des Dinges kann nur beschrieben werden durch Angabe dieser Merkmale selbst.

In der Lehre des Pfandrechts und der Hypothek ist die Rechtswissenschaft über Zweckbeschreibungen meist nicht hinausgekommen.

Dernburg sagt (Pand. § 261): „Das Pfandrecht ist das zur Sicherung einer Forderung dienende Recht an einer körperlichen Sache, welches den Gläubiger zu deren Verkauf behufs Befriedigung ermächtigt." Damit wäre der Zweck des in Frage stehenden Rechtes vielleicht richtig angegeben; auch wissen wir, dass es die Rechtsterminologie bei dieser Zweckbestimmung Pfandrecht oder Hypothek nennt; von dem Wesen dieses Rechtes erfahren wir dagegen nichts.

In ähnlicher Weise definiert Windscheid (§ 227): „Das Pfandrecht ist ein Recht eines Gläubigers, sich für seine Forderung aus dem Pfandobjekte durch eigene Macht Befriedigung zu verschaffen."

Denselben Fehler weist auch die oben bereits besprochene Definition der Obligation auf; wenn gesagt wird, die Obligation ist dasjenige Rechtsverhältnis, wonach eine Person von einer anderen eine Leistung einer Handlung oder Unterlassung verlangen kann, zu welcher die andere verpflichtet ist, so erhellt hieraus nur, was man mit diesem Rechtsverhältnis anfangen

kann, zu welchem Zwecke es dient, über sein Wesen wird damit aber kein Aufschluss gegeben [1]).

Prüft man an der Hand der hier besprochenen logischen Prinzipien das gesamte Erbe von Definitionen, das uns die historische Schule hinterlassen hat, so, glaube ich, wird man erkennen, dass sie uns in bezug auf die „scharfe Ausprägung der Begriffe" noch ein grosses Stück Arbeit zurückgelassen hat.

6. Gesetze.

§ 6.

Das römische Recht legt in einer Reihe von Fällen Personen, die sich in einem besonders gestalteten Verhältnis befinden, die Pflicht auf, Sorgfalt darauf zu verwenden, dass gewisse Gegenstände, an deren Erhaltung andere Personen ein Interesse haben, nicht abhanden kommen, vernichtet oder beschädigt werden (Behütungspflicht).

Es fragt sich: dürfen wir einen inneren Zusammenhang zwischen diesen einzelnen Rechtserscheinungen annehmen, so dass wir hoffen können, dieselben auf ein einheitliches Prinzip zurückzuführen, oder ist diese Voraussetzung nicht berechtigt.

Wäre die Rechtswelt eine rudis indigestaque moles [2]), die wir erst durch unsere Denkoperationen zu einer Rechtsordnung umformen, dann würde unser Bestreben aus den bekannten Rechtstatsachen auf ein sie beherrschendes Prinzip zu

[1]) Nach G. Hartmann (Die Obligation S. 117) „macht das Zweckmoment die eine Seite im allgemeinen Wesen und Begriff der Obligation aus". Hartmann gibt zu, dass die juristische Theorie im allgemeinen nicht nach dem Zweckmoment definieren darf; Ausnahmen seien aber zulässig und notwendig, „wo dem Begriffe ohne jenes Zweckmoment Bestimmtheit und Deutlichkeit fehlen würde". Dies sei der Fall bei der Obligation; cf. S. 37 ff. a. a. O.

[2]) Es ist übrigens zu bemerken, dass Zitelmann, an dessen bekannte Äusserung ich hier denke, an der betreffenden Stelle (Irrtum und Rechtsgeschäft S. 202) unter Rechtswelt „Die Welt der subjektiven Rechte" versteht, während ich dieses Wort hier in derselben Bedeutung, wie objektives Recht, gebrauche. Zitelmann wendet die Kategorie der Kausalität auf die subjektiven Rechte, ich auf die Rechtsnormen an. Der Ausdruck Gesetz und Kausalgesetz hat daher bei diesem Schriftsteller eine ganz andere Bedeutung als hier.

schliessen, an das wir uns bei neu auftretenden Tatbeständen halten können, ein ganz unberechtigtes sein; denn das etwa aufgestellte Prinzip wäre ja ebenfalls nichts mehr, als eine freie Erfindung nnserer Gedankentätigkeit.

Wenn daher die Theorie gleichwohl znr Auffindung von Gesetzen schreitet, so kann sie dies nur in der Überzeugung tun, dass es eine objektiv bestehende Rechtsordnnng gibt, die sie nicht schafft, die sie vielmehr nnr aufdecken kann. Wäre die Rechtsordnung nur ein Produkt nnserer Denkoperationen, dann wären wir in ihrer Ausgestaltung frei; die Aufgabe der Rechtswissenschaft wäre gelöst, sobald sie nach irgend welchen Gesichtspunkten Ordnung in die rudis indigestaque moles gebracht hätte; aus der Annahme der Existenz einer objektiv bestehenden Rechtsordnung ergibt sich dagegen mit Notwendigkeit die Folge, dass die Theorie erst dann ihrer Aufgabe gerecht geworden ist, nachdem sie diese Ordnung, insbesondere auch die dieselbe beherrschenden Gesetze erkannt hat. Es fällt also die Freiheit der Wahl des Zieles weg; in Frage kommen kann höchstens, anf welchem Weg dasselbe zu erreichen ist.

Auch hier muss ich wieder die Frage, mittels welcher Methode die Gesetze erkannt werden können, den Logikern überlassen; ich kann mich nur darauf beschränken, zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen die Rechtswissenschaft annehmen darf, sich im Besitze der zutreffenden Formulierung eines Gesetzes zn befinden.

Eine starke Vermntung spricht nun jedenfalls für die Richtigkeit eines allgemeinen Satzes, wenn alle die Tatsachen, deren Feststellung möglich ist, sich unter denselben subsumieren lassen — gleichwohl ist selbst dann nicht ausgeschlossen, dass seine Richtigkeit nur Schein ist. — Dagegen spricht eine starke Vermutung gegen die Richtigkeit der Formulierung eines Gesetzes, wenn es keine ausnahmslose Wirkung hat. Hier ist stets ein erheblicher Verdacht begründet, dass eine zufällige Regelmässigkeit, nicht aber ein notwendiger innerer Zusammenhang vorliegt.

Von einem Gesetze kann nur dann noch beim Vorliegen

von Ausnahmen[1]) die Rede sein, wenn der Nachweis erbracht werden kann, dass dasselbe auch in den Ausnahmefällen an und für sich gelten würde, aber durch ein anderes Gesetz oder, was auf geistigem Gebiet nicht ausgeschlossen ist, durch den Einfluss der Freiheit des Handelns in seiner Wirkung durchkreuzt wird.

Letztere kann sich aber in bezug auf die Rechtsordnung nur in der Weise äussern, dass der Gesetzgeber mittels positiver Vorschrift (ius singulare) das Gesetz (die ratio iuris) ausser Anwendung setzt.

Soll also ein Rechtsgesetz als solches anerkannt werden können, so müssen die Ausnahmevorschriften auf ein anderes Rechtsgesetz oder auf einen derartigen Willkürakt des Gesetzgebers zurückgeführt werden können; gelingt dagegen diese Erklärung der Ausnahmen nicht, so kann das, was als Gesetz hingestellt wird, jedenfalls vorderhand höchstens als eine wenig begründete Hypothese angesehen werden; ist aber, was vielfach der Fall sein wird, evident, dass jener Nachweis überhaupt nicht geführt werden kann, so ist ohne weiteres anzunehmen, dass die aufgestellte Regel eine falsche Abstraktion ist.

Ein interessantes Beispiel einer solchen bietet die jetzt herrschende Lehre der culpa in non faciendo.

Unmöglich kann ich im Rahmen dieser Arbeit auf alle Feinheiten dieser Lehre eingehen; auch lege ich kein Gewicht darauf, den strikten Nachweis der im folgenden zu entwickelnden Theorie zu erbringen; mir kommt es vielmehr in erster Linie darauf an, an einem praktischen Falle zu zeigen, dass die Methode, deren sich die historische Schule zur Auffindung von Grundsätzen bediente, unzureichend war, dass mithin die von ihr aufgestellten Rechtsgesetze kein unbedingtes Vertrauen verdienen.

Das gewählte Beispiel ist um so interessanter, als das Ergebnis der verfehlten Methode dieser Rechtsschule nunmehr für unser Rechtsleben gegen den Ansturm aller Kritik dadurch gesichert worden, dass es inzwischen in der Gestalt des § 276 BGB. in den Zustand der Versteinerung übergetreten ist.

---

[1]) Vgl. Wundt, Logik II, 2 S. 129 ff.

Nach römischem Recht haftet der Kommodatar, der Depositar mercede interveniente, und qui liti se obtulit, der Pfandgläubiger, der conductor rei und operis, der locator operarum, der Verkäufer, der Mandatar, der Fiduciar (Singular- und Universalfiduciar) und der Legatar, wenn sie vermöge des Testaments ausser dem Legat etwas erhalten, der Erbe im Verhältnis zu den Legataren und Singularfideikommissaren, der bonae und malae fidei possessor nach[1]) dem Prozessbeginn, der Usufructuar (Usuar), der missus in possessionem legatorum servandorum causa, welcher res hereditarias in Alleinbesitz genommen hat (l. 5 § 22 D. 36, 4), für culpa in non faciendo. Dagegen nicht der Depositar, der keine merces erhält, der Prekarist, der Stipulationsschuldner, der Fiduciar und Legatar, der sein Legat an einen Dritten herausgeben soll, si nihil praeterea ex testamento capit, der bonae fidei possessor vor dem Prozessbeginn, der malae fidei possessor während derselben Zeit bei Untergang[2]) der Sache, der missus in possessionem ex primo decreto[3]), der missus in possessionem legatorum servandorum causa, wenn er nur Mitbesitz hat (l. 5 pr. u. § 22 D. 36. 4; Windsch. III § 648 zu N. 9), der missus in possessionem rei servandae causa[4]) (er hat Detention neben dem Gemeinschuldner),

[1]) Die herrschende Meinung lässt den malae fidei possessor vor dem Prozessbeginn, wenn durch seine Nachlässigkeit der Gegenstand verschlechtert wird, nicht wenn er untergegangen ist, haften! (cf. Windsch. § 194 N. 13). Aus den Quellen ergibt sich aber diese Haftpflicht jedenfalls nicht mit voller Sicherheit (cf. Brinz 2. Aufl. I S. 662). Weder die eine noch die andere Meinung kann daher zur Lösung des Problems benutzt werden.

[2]) Die Frage, wie er bei Verschlechterung der Sache haftet, muss nach der vorhergehenden Anmerkung offen bleiben.

[3]) Bemerkenswert: l. 15 § 30 D. 39, 2. Si quis damni infecti in possessionem missus sit, fulcire eum et reficere insulam debere, sunt, qui putent, eamque culpam praestare exemplo eius, qui pignori accepit; sed alio iure utimur; quum enim ob hoc tantum missus sit, ut vice cautionis in possessione sit, nihil ei imputari, si non refecerit.

[4]) l. 8 § 3 D. 42, 5; l. 9 § 5 eod: Et apparet eum non teneri, quia dolo malo caret; eritque melior eius conditio, quam in pignore creditoris, qui non tantum dolum malum, verum culpam quoque debet. Hasse (Culpa 2. Aufl. S. 373) zählt den missus in possessionem rei servandae causa unter denjenigen auf, die keinen Vorteil von dem in Betracht kommenden Rechtsverhältnis haben; ich vermag in dieser Beziehung keinen Unterschied zwischen ihm und dem Pfandgläubiger zu erkennen.

der Feldmesser (ob er eine merces erhält oder nicht, ist gleichgültig).

Diese Rechtstatsachen geben zu der Frage Veranlassung: unter welcher Voraussetzung haftet eine Person für culpa levis in non faciendo[1]?

Es ist also zu prüfen, ob es der historischen Schule gelungen ist, dieselben auf ein oder mehrere Rechtsgesetze zurückzuführen, die diese Bezeichnung verdienen.

Windscheid und Dernburg lehren übereinstimmend, dass der Schuldner in der Regel für culpa levis (in non faciendo) haftet[2].

Dieser Satz soll offenbar das jene Rechtstatsachen beherrschende Gesetz, das Prinzip sein, das überall da anzuwenden ist, wo sich neue Tatsachen unter dasselbe subsumieren lassen.

Von vornherein ist nun klar, dass die Regel Windscheids und Dernburgs nicht geeignet ist, in erschöpfender Weise alle oben aufgeführten Rechtserscheinungen zu erklären; hier wird nur von der Haftung eines Schuldners gesprochen; in einer Reihe von Fällen liegt aber überhaupt kein Schuldverhältnis vor.

Gleichwohl muss zugegeben werden, dass jene Regel dennoch richtig sein kann. Es steht nichts im Wege, z. B. das erste Fallgesetz so zu formulieren: Die Fallgeschwindigkeiten eines freifallenden Stückes Eisen wachsen in demselben Verhältnis wie die Fallzeiten. Aber damit wissen wir nicht, ob andere Körper demselben Gesetz gehorchen; ja möglicherweise soll gerade mit dieser Fassung gesagt sein, dass das Gesetz nur für Eisenstücke gilt.

---

[1]) Regelmässig haftet der, welcher culpa levis zu prästieren hat, für culpa levis in faciendo und in non faciendo. Der Haftungsgrund ist aber ein verschiedener, was sich ohne weiteres aus dem Umstande ergibt, dass nach l. 91 pr. D. 45, 1 der Stipulationsschuldner nur für culpa in faciendo, nicht aber für culpa in non faciendo haftet. Stellt man daher die Frage so: unter welcher Voraussetzung haftet eine Person für **culpa levis**, so schlägt man von vornherein einen falschen Weg ein.

[2]) Cf. Windsch. § 265, Dernb. II § 37. Allerdings stellt D. diese Regel nur für das gemeine Recht auf, jedoch als den Abschluss der Entwicklung des römischen Rechts. Für ihn war das Prinzip bereits im römischen Recht enthalten, nur getrübt durch Ausnahmen, die einer früheren, der klassischen Periode nicht mehr angehörenden Rechtsauffassung ihr Dasein verdankten.

Übereinstimmend fügen nun diese beiden Schriftsteller eine angeblich positive, in der Tat aber negative Ausnahme ihrer Regel hinzu.

Windscheid sagt: Eine Ausnahme tritt dann namentlich ein, wo das Verhältnis, aus welchem das Forderungsrecht erwachsen ist, lediglich zum Vorteil des Gläubigers gereicht. Dernburg lehrt: Wer bloss im Interesse des Gläubigers eine Schuld übernimmt, dessen Haftung beschränkt sich auf dolus und culpa lata.

Damit scheint mir aber nichts anderes gesagt zu sein als: der Schuldner haftet ausnahmsweise nicht, wenn er die Schuld nicht in seinem Interesse übernimmt, wenn das Verhältnis, aus welchem das Forderungsrecht erwachsen ist, nicht zu seinem Vorteil gereicht.

Stellt man diese negative Ausnahme unmittelbar neben die Regel, so ergibt sich folgendes: Der Schuldner haftet in der Regel, doch haftet er ausnahmsweise nicht, wenn das Verhältnis nicht zu seinem Vorteil gereicht.

Mit dem gleichen Rechte könnte man sagen: In der Regel gefriert das Wasser; ausnahmsweise gefriert es aber nicht, wenn das Thermometer nicht unter Null Grad sinkt. Ich sollte meinen, derartige Ausnahmen gehören in die Regel!

Windscheid und Dernburg hätten daher sagen müssen: In der Regel haftet der Schuldner, wenn die Schuld in seinem Interesse eingegangen ist. So fassen dieselbe denn auch, indem sie allerdings beide Kontrahenten berücksichtigen: Keller (Pand. § 261) und Baron (Pand. § 236); cf. auch Glück (Pand. IV S. 350), Vangerow (Pand. § 109), Hasse (Culpa § 95), Jhering (Besitzw. S. 350)[1].

---

[1]) Jhering, Schuldmoment S. 53: „Es ist in meinen Augen einer der glücklichsten Gedanken der römischen Juristen, wenn sie das Interesse des Vertrages für die Kontrahierenden zum leitenden Gesichtspunkt machen. ... Wer gewinnt oder gewinnen will, soll sich auch zusammennehmen.“ Die Ausnahmen, welche sich bei der Theorie der Römer ergeben, machen Jhering keine Sorgen; l. c. S. 54: „Wenn die römischen Juristen diese Regel nicht ausnahmslos durchführen, sondern sie zugunsten anderer Rücksichten modifizieren, und wenn das Gesamtfachwerk der sich gegenseitig durchkreuzenden und beschränkenden Regeln einen etwas komplizierten Eindruck macht, so ist das eben nur ein Beweis dafür, wie hoch sie ihre Aufgabe gegriffen, und

Welche tragische Folge aber die unlogische Fassung eines vielleicht richtigen Gedankens haben kann, beweist in interessanter Weise § 276 BGB. Die Autoren des BGB. haben offenbar Windscheid nnd Dernburg beim Wort genommen und nunmehr, wer weiss für wie lange Zeiten, alle Schuldner im deutschen Vaterlande grnndsätzlich mit der Pflicht belastet, culpa levis in non faciendo zu prästieren!

Dernburg macht einen Versuch, seine Regel ans inneren Gründen zu erklären. Er führt aus: „Im früheren Recht war die Haftnng der Kontraktschuldner wegen Verschulden eine nnvollkommene nnd wenig ausreichende. Erst allmählich erkannte man nnd zwar vorzngsweise bei bonae fidei iudicia an, dass *indirekt und unausgesprochen in der Eingehnng von Verbindlichkeiten auch die Übernahme einer weitgehenden Haftung für Verschulden liege*[1]). Sie wurde durch die Jurisprudenz seit Ausgang der Republik ausgebildet und fortgesetzt erweitert." Dernburg nimmt also an, dass jeder, der eine Schuld übernehme, Schuldner würde, sich stets damit stillschweigend verpflichte, culpa levis in non faciendo zu prästieren. M. E. operiert hier dieser Schriftsteller mit einer Fiktion der allerschlimmsten Art. Zweifellos kann eine Verbindlichkeit stillschweigend übernommen werden, aber der, welcher einen Gegenstand zu leisten verspricht (stipulatio), denkt weder daran, sich zn verpflichten, auf denselben diligentia zu verwenden, noch gibt er eine dahingehende, wenn auch nur stillschweigende Erklärung ab.

Den Römern ist es daher auch nicht in den Sinn gekommen, den Schnldner als solchen für diligentia haften zu lassen; bezüglich des Stipulationsschuldners heben sie ausdrücklich hervor, dass der, welcher eine Sache zu leisten (dare) versprochen hat, auch nnr zu diesem Leisten verpflichtet ist, nicht aber zu einem facere (l. 91 pr. D. 45, 1).

Dernburg hält aber trotz l. 91 pr., trotz des Umstandes, dass der Depositar, der Prekarist und der Agrimensor nur für culpa lata haften, seinen Grundsatz aufrecht; zu diesem Ende

wie wenig sie geglaubt haben, mit einer einzigen kahlen Formel der Mannigfaltigkeit der Verhältnisse gerecht werden zu können."

[1]) Dernburg unterstreicht.

räumt er die durch jene Tatsachen entstehenden Schwierigkeiten durch historische Erklärungen aus.

Ich gebe nun ohne weiteres zu, dass aus den Ausnahmen, die sich historisch erklären lassen, Bedenken gegen die Richtigkeit der Formulierung eines Rechtsgesetzes nicht hergeleitet werden können. Das Recht ist den Römern nicht auf einmal von einem Berge Sinai herab in ganzer Vollendung offenbart worden; das Recht, welches zur Zeit des Paulus galt, war das Produkt eines jahrhundertelangen Werdens, und zweifellos haben die einzelnen Teile desselben nicht in gleicher Weise an der Entwicklung teilgenommen. Das Natürliche war, dass die Rechtsverhältnisse, die unmittelbar dem grossen Verkehr dienten, sich schneller entfalteten, andere dagegen, die nur hier und da Verwendung fanden, rückständig blieben.

Es lassen sich daher derart geschichtlich zu erklärende Ausnahmen auf ein selbständiges Gesetz zurückführen, das wohl in allen Gebieten der Geisteswissenschaften anerkannt werden muss; ich möchte es das historische Trägheitsgesetz nennen.

Aber eine andere Frage ist es, unter welchen Voraussetzungen wir uns dieses Gesetzes als Erklärungsmittel bedienen dürfen.

Für denjenigen, der in dem Recht nichts anderes sieht, als ein geschichtliches Produkt, das so ist, wie es ist, weil es zufällig im Laufe der Jahrhunderte diese Gestalt angenommen hat, ebensogut aber hätte anders werden können, für den mag es nahe liegen, alle diejenigen Rechtserscheinungen, die sein gesunder Menschenverstand nicht gleich begreift, die ihm regelwidrig zu sein scheinen, ohne weiteres als Reste einer früheren, jetzt nicht mehr lebendigen Rechtsanschauung anzusehen. Es ist daher sicher nicht zu verwundern, dass die historische Schule bei ihrer Grundauffassung des positiven Rechts, die sie dazu führte, die geschichtliche Behandlung desselben in den Vordergrund zu rücken — und zwar zunächst mit Recht — von diesem Erklärungsmittel einen ausgiebigen Gebrauch gemacht hat.

Derjenige dagegen, der an die Erforschung eines hochentwickelten Rechts, wie es das Vermögensrecht der klassischen Zeit ist, mit dem Postulat herantritt, dass zwischen den ein-

zelnen Sätzen desselben ein innerer Zusammenhang besteht, wird dieses Gesetz nur dann als ein zulässiges Erklärungsmittel zur Hilfe ziehen, wenn seine Wirksamkeit ausser Zweifel steht, weil uns die historische Entwicklnng bekannt ist, oder wenn alle systematischen Erklärungsversuche gescheitert sind. Durch den voreiligen Gebranch der historischen Erklärung[1]) versperrt man sich den Weg zur Wahrheit nnd degradiert überdies Rechtserscheinungen zu Anomalien, die vielleicht eine tiefe innere Berechtigung haben.

Was die eigentümliche Haftung des Stipulationsschuldners anbelangt, so begnügt sich Dernburg damit, sie als ein Überbleibsel einer früheren Rechtsperiode hinznstellen. Es wäre nun aber doch höchst seltsam, dass in diesem Punkte gerade das Recht der Stipulation rückständig geblieben sein sollte, das sich doch mitten im Strudel der römischen Rechtsentwicklung befand. Und hätte Dernburg Recht, dann müsste man folgerichtig annehmen, dass die Römer den Stipulationsschnldner nie für cnlpa in non faciendo haben haften lassen, also auch dann nicht, wenn die Schuld bedingt oder betagt war. Man erwäge nun aber, in welch misslicher Lage der Gläubiger sich dann bei bedingter oder betagter Forderung befand. Der Sklave sollte erst nach Monaten geliefert werden. Der Gläubiger konnte nicht selbst die erforderliche Sorgfalt auf ihn verwenden, er konnte ihn nicht durch einen Arzt pflegen lassen, der Schuldner brauchte es nicht zu tun. Das Nachsehen hatte natürlich der Erstere. Die Quellen sprechen sich nirgends über die Haftnng des Schnldners bei bedingter oder betagter Stipulationsschnld aus. Ich glaube aber, auch Dernburg wird den Römern nicht zutrauen, dass sie in diesem Falle den Stipulationsschuldner für culpa in non faciendo nicht haften liessen.

[1]) Weit geringeren Wert noch als der historischen Erklärung ist jedenfalls für Sätze des römischen Rechts (vgl. oben S. 8) der theoretischen Erklärung beizumessen. Hätten die Römer, wie Kniep (Mora § 65) z. B. annimmt, den Satz: periculum est emptoris, um deswillen aufgestellt, „weil sie sich die Verpflichtung des Verkäufers und des Käufers in ihrer Vereinzelung dachten,“ dann müsste Jhering im Begriffshimmel auch römische Juristen angetroffen haben.

Der Prekarist und der Feldmesser haften nach Dernburg nur für culpa lata, weil sie in der klassischen Zeit nicht als Kontraktsschuldner angesehen wurden; nehme man nun auch einmal an, die Römer hätten nicht nur den Agrimensor, sondern auch den Prekaristen nicht als Kontraktsschuldner betrachtet, so würde seine Begründung doch erst dann stichhaltig sein, wenn dargetan werden könnte, dass der Kontrakt die notwendige Quelle der Haftung für culpa levis in non faciendo ist; wie erklärt dann aber Dernburg die Haftung des Onerierten, des Usufruktuars, des bonae und malae fidei possessor? Dernburg begnügt sich damit, die Haftung dieser Personen, die nie oder nicht notwendig Kontraktsschuldner sind, hervorzuheben, eine Erklärung derselben fügt er nicht hinzu (Pand. III § 99 N. 11 u. 12; I § 248 N. 19; I § 226 N. 10—12); die Haftung des missus in possessionem legatorum servandorum causa, welcher res hereditarias in Alleinbesitz genommen hat, erwähnt er nicht. Und wenn wirklich der Kontrakt die notwendige Ursache der Haftung für diligentia ist, d. h. also wenn da, wo er vorliegt, auch diese Haftung anzutreffen sein müsste, warum haftet dann trotzdem der Kommodatar, der doch sicher ein Kontraktsschuldner ist, dann nur für culpa lata, wenn der Verleiher sua dumtaxat causa commodavit (l. 5 § 10 D. 13, 6)?

Hier weiss Dernburg Rat: Wie wir schon oben gesehen, gibt er zu, dass allgemein der Satz gilt, dass die Haftung dessen, der nur im Interesse des Gläubigers eine Schuld übernimmt, sich auf dolus und culpa lata beschränkt. Wie aber soll diese ausserordentlich weittragende Ausnahme gegenüber der Regel begründet werden? Dernburg sagt: „Diesen Rechtssatz hat die römische Jurisprudenz von dem Depositum abstrahiert, bei welchem der Depositar, der ohne Lohn verwahrt, nur für dolus und schwere Verschuldung verantwortlich ist.“

Dernburg bleibt uns nun aber noch die Erklärung der Haftung des Depositars schuldig: „Dass der Depositar“, sagt er, „nur für dolus einstand, erklärt sich historisch dadurch, dass wegen des Depositum ursprünglich keine Kontraktsklage, vielmehr nur eine Deliktsklage bestand.“

Dernburg mutet uns also hier zu, zu glauben, dass die klassischen Juristen dazu übergegangen sein sollten, eine Norm,

die ihren Grund in einer längst abgestorbenen Rechtsanschauung hatte, analog anzuwenden! Man sieht, wohin man mit dergleichen historischen Erklärungen gelangt; um mit ihnen durchzukommen, muss man das Unmögliche behaupten.

Der Satz, dass der Schuldner als solcher Fahrlässigkeit zu vertreten hat, kann mithin nicht das Gesetz oder eines der Gesetze sein, auf welches die oben aufgezählten Rechtstatsachen zurückzuführen sind. Das römische Recht kennt diesen Satz nicht[1]).

Es fragt sich, ob die Regel, welche sich dann ergibt, wenn man in diejenige Windscheids und Dernburgs logischer Weise die von ihnen gemachte negative Ausnahme als positives Merkmal aufnimmt, mit mehr Recht als das fragliche Rechtsgesetz oder eines der in Frage kommenden Rechtsgesetze angesehen werden kann. Die Regel würde dann, wie schon bemerkt, lauten: Der Schuldner haftet für culpa levis in non faciendo, wenn das Verhältnis, aus welchem das Forderungsrecht erwachsen ist, zum Vorteile des Schuldners gereicht.

Hier wird also nicht mehr das Schuldverhältnis als die Ursache der Haftung des Schuldners hingestellt, wenigstens soll es nicht allein die Ursache sein, in den Vordergrund tritt vielmehr der Vorteil, die utilitas des Schuldners[2]).

Diese Theorie ist nicht neu[3]); sie stammt von den Römern selbst her; das allein, wage ich zu sagen, hätte genügen sollen, sie zu verwerfen[4]); anstatt dessen hat man sie immer und immer wieder mit der einzigen Massgabe abgeschrieben, dass

---

[1]) Auch G. Hartmann (Die Obligation S. 272) kommt auf Grund seiner Untersuchungen über Zweck und Bau der Obligation zu dem Schluss: „Man kann nicht aus dem Forderungsrecht als solchem überhaupt die Verpflichtung zur Vermeidung einer jeden Fahrlässigkeit herleiten." Mit Recht bekämpft Hartmann ebendort die Ansicht, dass sich wenigstens die Verpflichtung zur Vermeidung einer fahrlässigen Tätigkeit aus dem Forderungsrecht ergebe. Cf. dazu Wind. § 265 N. 13 Ende. — Die Haftung für culpa in faciendo erklärt sich aus dem aquilischen Prinzip; cf. unten § 13.

[2]) Jörs (Encycl. d. Rechtsw. von Birkmeyer S. 123) akzeptiert die Regel in dieser Fassung, setzt aber vorsichtigerweise hinzu: „dass dieser Satz nicht überall zutrifft, ist oft bemerkt worden."

[3]) Cf. art. 1137 code civil.

[4]) Vgl. über dieselbe Pernice, Labeo 2. Aufl. 2. Bd. Abt. 2 S. 149 ff.

man nicht utriusque utilitas verlangt; die römische Schulweisheit geht soweit, utilitas auf seiten beider Kontrahenten zu erfordern. L. 5 § 2 D. 13, 6 heisst es: ubi utrinsque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur; l. 31 D. 19, 2: in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi; l. 108 § 12 D. 30: sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur.

Aus der so gefassten Regel folgt notwendig, dass der Kommodatar nur dolus zu prästieren hat. Mit Spannung fragt man sich daher, wie Ulpian in l. 5 § 3 D. 13, 6. entscheiden wird, nachdem er festgestellt: commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur? Mit kühnem logischem Salto mortale sich über seine ganze Schulweisheit hinwegsetzend, fährt der Römer fort: et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis, et culpam praestandam, et diligentiam.

Aus dem Wörtchen „verior“ ist gewiss nicht, wie Hasse mit Recht hervorhebt, zu schliessen, dass über diesen Rechtssatz die römischen Juristen nicht einig gewesen seien; das „verior“ soll heissen: die Schulregel würde mich zu einer absurden Folge führen, ich halte deswegen die Ansicht des Mucius für die richtigere.

Eine Untersuchung über die Logik der Römer würde ergeben, dass sie in unzähligen Fällen so verfahren, wenn sie sich den Folgen ihrer fast stets falschen Abstraktionen entziehen wollen, und kein geringerer als Julian gibt unumwunden zu, dass sie recht häufig gezwungen waren, sich über die Resultate ihrer Logik hinwegzusetzen. L. 51 § 2 D. 9, 2 sagt er: Multa iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest.

Ich meine, bei diesem Stande der römischen Theorie wäre die grösste Vorsicht am Platze gewesen.

Sieht man den Vorteil des Schuldners als ein notwendiges Merkmal des in Frage stehenden Rechtsgesetzes an, so fallen allerdings eine Reihe von lästigen Ausnahmen weg; es erscheint nunmehr selbstverständlich, dass der Depositar an und für sich

nicht für culpa levis haftet; man kann sich somit die bedenkliche historische Erklärung ersparen, dass er deswegen nicht diese culpa zu prästieren hatte, weil er ursprünglich nicht als Kontraktsschuldner angesehen wurde; aber andere Schwierigkeiten bleiben bestehen und neue entstehen.

Auch diejenigen, welche den Vorteil des Schuldners als Kriterium betrachten, müssen zusehen, wie sie mit l. 91 pr. D. 45, 1 fertig werden. Die historische Erklärung Dernburgs würde auch sie aus der Verlegenheit ziehen, aber jeder wagt es nicht, sich derselben zu bedienen. Es fragt sich daher, ob sich eine systematische Erklärung finden lässt.

Windscheid begnügt sich festzustellen, dass der Stipulationsschuldner wegen culpa in faciendo, nicht wegen culpa in non faciendo haftet, indem er hinzufügt: „D. h. das römische Recht ist der Ansicht, dass aus dem Forderungsrecht als solchem sich wohl die Verpflichtung zur Vermeidung einer fahrlässigen Tätigkeit ergibt, nicht aber die Verpflichtung zur Vermeidung einer fahrlässigen Unterlassung[1]."

Windscheid verzichtet also darauf, die Haftung des Stipulationsschuldners mit der negativen Ausnahme seiner Regel, d. h. mit seiner Regel selbst in Einklang zu bringen.

Auch Hasse (§ 97 Ende)[2]) beschränkt sich darauf, festzustellen, dass bei den negotiis stricti iuris, die nur auf ein dare gerichtet sind, gar keine diligentia in Betracht kam. Warum denn aber nicht? Hasse gibt die Antwort an einer anderen Stelle. § 34 sagt er: „Hier sollte nur alles ausgeschlossen werden, was nicht zum dare gehört, also jedes non facere; dagegen wird jede positive Handlung, welche dem dare widerstand, als hierher gehörende Schuld aufgenommen." Ich sollte meinen, wenn die strenge Wortverbindlichkeit zu einem dare die Pflicht involviert, nicht zu tun, was das dare unmöglich

[1]) § 265 N. 13; Windscheid nimmt mithin an, dass der Stipulationsschuldner als Schuldner wenigstens für culpa in faciendo hafte; auch hierfür dürfte er schwer einen hinreichenden Grund finden; wer nur zu einem dare verpflichtet ist, ist ebensowenig zu einem non facere, wie zu einem facere verpflichtet. Für seine Haftung wegen Tötung des Sklaven hat der Umstand, dass er Schuldner ist, gar keine Bedeutung.

[2]) Cf. auch Jhering, Schuldmoment S. 23.

macht, dann ist nicht einzusehen, warum sie nicht auch die Pflicht umfassen sollte, alles zu tun, was das dare möglich erhält. Aber beides ist nicht richtig; wer sich zu einem dare verpflichtet, verpflichtet sich unmittelbar durch den Vertrag, durch die Bindung seines Willens nur hierzu; die culpa in faciendo ergibt sich aus dem aquilischen Prinzip, ihre Quelle ist nicht der Vertrag; durch den Vertrag entsteht nur ein Vermögenswert, der des aquilischen Schutzes bedarf; tritt ein weiteres Moment hinzu, so wird der Schuldner auch für culpa in non faciendo haften müssen. So nehme ich mit Bestimmtheit an, dass die Römer den Stipulationsschuldner bei bedingter und betagter Forderung für Fahrlässigkeit haften liessen, trotzdem auch hier die Verpflichtung zur diligentia sich nicht aus der Pflicht zum dare ergab. Zweifellos würde Hasse ebenfalls so entschieden haben, wenn er an diesen Tatbestand gedacht hätte.

Einen Stein des Anstosses bildet auch hier wieder die Haftung des Prekaristen und des Agrimensors dann, wenn er Lohn erhält.

Was den letzteren anbetrifft, so drängt sich die Erklärung, welche Dernburg im allgemeinen gibt, um so mehr auf, als sich die Römer selbst ihrer bedienen; l. 1 § 1 D. 11, 6 heisst es: visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est. Windscheid beruft sich denn auch hier auf diese Stelle (§ 404 N. 4). Für mich genügt es fast zum Beweise der Unrichtigkeit einer Begründung, dass sie von den Römern herrührt. Macht man von dem Grund der Römer hier Gebrauch, so versperrt man sich vollkommen die Möglichkeit, in den Fällen die Haftung für culpa in non faciendo zu erklären, wo sonst jemand für diese culpa einsteht, ohne Kontraktsschuldner zu sein, z. B. im Falle des Ususfructus.

Ich kann es verstehen, dass jemand in dem Irrtum verharrt, die Fallgesetze fänden nur auf eiserne Gegenstände Anwendung, solange er dieselben nur an solchen Körpern beobachtet hat, dass er also annimmt, ein wesentliches Merkmal der Tatbestände dieser Gesetze sei der Umstand, dass diese Körper eiserne seien; höchst seltsam ist es aber, dass ein Windscheid, der doch das ganze oben aufgeführte Rechtstat-

sachenmaterial übersah, daran festhalten konnte, dass in der von ihm aufgestellten Regel das Vorliegen einer Kontraktsschuld ein erhebliches Moment sei. Bei einem Windscheid kann dieser Irrtum nicht auf einen Mangel an Kenntnissen, nicht auf einen Mangel an Scharfblick zurückgeführt werden, verstanden werden kann er daher nnr aus einer unzureichenden Methode, bei der die geschichtliche Behandlung des Rechtsstoffes in dem Vordergrunde steht, während der systematischeu Erforschnng erst die zweite Stelle eingeräumt wird.

Gänzlich aussichtslos erscheint es mir nun vollends, die Haftung des Prekaristen mit dem Satze zu vereinigen, dass der Schuldner dann für culpa levis in non facieudo hafte, wenn er Vorteil von dem Schuldverhältnisse habe.

Verwundern kann es nicht, dass man auch hier mit einer historischen Erklärung zu helfen versucht. Hasse (§ 96) sagt kurz und bündig: „Das Prekarium gehört nicht hierher, da es überall kein Kontrakt ist und keine Obligation dadurch bewirkt wird." War denn Hasse die actio praescriptis verbis nicht bekannt? Doch! Aber sie bringt ihn nicht in Verlegenheit: „So wenig", meint er, „wie bei der donatio findet hier eine eigentliche[1]) actio statt." In der Anmerkung gibt er hierzu folgende Erläuterung: „So war es nämlich ursprünglich, nnd dass später ausser dem Interdikt auch eine actio praescriptis verbis gegeben wurde, änderte die Natur des Verhältnisses im geringsten nicht." Auch für Dernbnrg ist die actio praescriptis verbis keine kontraktliche Klage und überdies offenbar erst von den Kompilatoren eingefügt (Pand. II § 91 N. 11). Letztere Anfstellung Dernburgs wird allerdings in nicht unerheblicher Weise durch die neueren Forschungen über die actio praescriptis verbis von Lenel, Pernice insbesondere Gradenwitz (Interpolationeu S. 123 ff.) unterstützt. Mit Recht hält aber gleichwohl Windscheid (§ 376 N. 3) besonders im Hinblick auf Paul. sent. V 6 § 10 an der Kontraktsnatur des Prekarium fest. Paulus sagt dort: redditur interdicti actio, quae proponitnr ex eo nt quis, quod precario habet, restitnat. Nam et civilis actio huius rei, sicut commodati competit. Bei diesem

[1]) Ich unterstreiche.

unzweifelhaft von Paulus selbst herrührenden Ansspruch haben wir auch keine Veranlassung, eine Interpolation anzunehmen, wenn in l. 23 D. 50, 17 das Prekarium zu den Kontrakten gezählt wird.

Windscheid gibt das Bestehen einer Vertragsklage unumwunden zu und erklärt ausdrücklich, dass für sie der Satz gelte, dass der Prekarist zur Vermeidung von Nachlässigkeit nicht verpflichtet ist (§ 376 N. 5).

Er selbst scheint die Nichthaftung des Prekaristen dadurch zu erklären, dass in der prekaristischen Hingabe „eine Diensterweisung liege, von welcher die Parteien nicht wollen, dass an sie der strenge juristische Massstab angelegt werde". Windscheid operiert hier mit einer Fiktion. Bestände bei jeder Leihe nach ius dispositivum an und für sich die Sorgfaltpflicht, so könnte sie allerdings durch den Parteiwillen aufgehoben werden; was aber in aller Welt berechtigt, diesen Willen stets da anzunehmen, wo jemand auf Widerruf eine Sache einem anderen überlässt? Der Verkäufer, der dem Käufer bis zur Zahlung des Kaufpreises den Besitz und Genuss der Kaufsache einräumt, will sich lediglich zugunsten des letzteren dieser Vorteile begeben, sonst nichts. Möglich mag es ja sein, in dem einen oder anderen Falle eine stillschweigende Vereinbarung bezüglich der Sorgfaltpflicht festzustellen, aber dann müssen jedesmal besondere Anhaltspunkte gegeben sein.

Die Erklärung unseres Rechtstatsachenmaterials aus dem Satze, dass der Schuldner als solcher, wenn er Vorteile von dem Schuldverhältnisse hat, culpa levis in non faciendo prästieren muss, scheitert somit auch an der Instanz der Nichthaftung des Prekaristen.

Dass aus dem Schuldverhältnis selbst diese Haftung des Schuldners nicht hergeleitet werden kann, habe ich schon hervorgehoben; ich vermag aber auch nicht einzusehen, wie man es rechtfertigen will, dem Schuldner eine derartig schwere Verantwortung, wie sie diese Haftpflicht mit sich bringt, allein deswegen aufzubürden, weil ihm das Schuldverhältnis irgendwelche, meist bereits teuer bezahlte Vorteile bringt. Gewiss bekommt der Verkäufer seinen Preis, aber leistet er dafür nicht die verkaufte Sache? Der Mieter hat den Genuss der ge-

mieteten Sache, aber bildet nicht schon der Mietpreis hiergegen ein ausreichendes Äquivalent? Zweifellos leistet die Pfandsache dem Pfandgläubiger einen grossen Dienst; aber ist letzterer nicht vollkommen dadurch aufgewogen, dass der Gläubiger den Gebrauch seines Kapitals dem Schuldner überlässt? Einen Schein von Berechtigung hat dieser Gesichtspunkt nur bei dem Kommodatar; aber ihm wollte doch der Leiher den Gebrauch gerade ohne Entgelt überlassen, er denkt gar nicht an eine Gegenleistung.

Der Grund, dass der Schuldner um deswillen für culpa levis in non faciendo haften soll, weil er Vorteil von dem Schuldverhältnis habe, ist ein Sentimentalitätsgrund, weiter nichts.

Man könnte nun aber vielleicht die von Ausnahmen durchlöcherte Regel der herrschenden Meinung in der Weise zu rechtfertigen suchen, dass man geltend macht, Gesetze, die alle die Bedingungen erfüllen, die man an wissenschaftliche Gesetze stellen muss, gibt es im Rechte überhaupt nicht; das Recht ist ein Werk von Menschenhand, es ist deshalb nicht einzusehen, warum diejenigen, welche das Recht geschaffen haben, nicht einmal Rechtssätze nebeneinander aufgestellt haben sollten, die sich derselben Regel nicht fügen.

Wäre dieser Einwurf zutreffend, dann bliebe allerdings der Jurisprudenz nichts anderes übrig, als in erster Linie das vorhandene Quellenmaterial „geschichtlich zu behandeln", und nur insoweit könnte dann eine systematische Nachbearbeitung des gefundenen Materials Zweck haben, als es sich immerhin empfiehlt, einige Ordnung in dasselbe zu bringen, damit es möglich ist, den gewaltigen Stoff einigermassen zu beherrschen.

Würde uns nur der Rechtsstoff zur Verfügung stehen, den ein modernes Gesetzbuch bietet, insbesondere auch das BGB., ich würde nicht einen Augenblick diesen Standpunkt als den alleinberechtigten anzweifeln. An die Bearbeitung des römischen Rechts darf und muss man aber mit dem Postulate herantreten, dass es durchweg von Gesetzen beherrscht wird, die nur da ihre Wirkung versagen, wo ein altes Gewohnheitsrecht oder eine ausdrückliche Satzung des Gesetzgebers sie durchkreuzt.

Ich behaupte nicht, dass in unseren modernen Kodifikationen alle Gesetzmässigkeit fehlt; nein ich glaube sogar, dass selbst

da die Antoren derselben unbewusst von Gesetzen geleitet wurden, wo sie nur rein praktische Erwägungen zu berücksichtigen vermeinen[1]), aber im Hinblick auf den Umstand, dass unsere modernen Gesetzgeber gar nicht imstande sind, sich dem Einfluss zu entziehen, den alteingebürgerte, liebgewordene Theorien auf sie ausüben, wird die Zahl der willkürlichen Abweichungen von diesen unbewusst wirkenden Gesetzen stets eine derart grosse sein, dass die Erkenntnis der letzteren schier ein Ding der Unmöglichkeit wird.

Es muss allerdings zugegeben werden, dass jener Einwand, die Rechtswissenschaft könne Gesetze im wissenschaftlichen Sinne nicht aufstellen, da das Recht von solchen Gesetzen nicht beherrscht werde, an und für sich auch bezüglich des römischen Rechtes begründet sein kann; man ist daher nicht berechtigt, die Methode der historischen Schnle in dieser Beziehung als eine unzureichende zn bezeichnen, so lange es nicht gelungen ist, wenigstens in einem einzelnen Falle den streng gesetzmässigen inneren Zusammenhang eines Tatsachenkreises nachzuweisen.

Sollte dieser Nachweis aber überhaupt niemals gelingen, dann würde sich der oft wiederholte Satz, die Rechtswissenschaft sei überhaupt keine Wissenschaft, wenigstens insoweit bewahrheiten, dass sie nicht beanspruchen könnte, als selbständige Wissenschaft anerkannt zu werden; sie würde vielmehr ähnlich der Theologie einen Zweig der Geschichtswissenschaften bilden; von einer wissenschaftlichen Rechtsdogmatik könnte dann ebensowenig wie von einer solchen der Theologie die Rede sein.

Gerade die Beobachtung des oben zusammengestellten

---

[1]) Abschnitt V der Denkschrift zum BGB. beginnt mit dem Satze: „Der Entwurf hat den Einfluss der Willensmängel auf die Giltigkeit der Rechtsgeschäfte nicht nach einer bestimmten Theorie geregelt, sondern **lediglich** (ich unterstreiche) nach praktischen Gesichtspunkten, welche den verschiedenen in Betracht kommenden Interessen tunlichst gerecht werden.“ Verfährt der Gesetzgeber nach einer bestimmten Theorie, wie er dies in § 276 getan hat, so setzt er sich an die Stelle der Wissenschaft und versteinert deren Theorien, die doch unbedingt steter Kontrolle ausgesetzt bleiben müssen; aber doch halte ich das Wörtchen „lediglich“ für nicht zutreffend; im Interesse der Anwendung des Gesetzes hoffe ich, dass auch in dieser Materie die Autoren unbewusst von Gesetzen geleitet wurden.

Rechtstatsachenmaterials hat mich in dem Glauben bestärkt, dass zwischen den einzelnen Sätzen des römischen Rechtes ein wunderbarer innerer Zusammenhang waltet, den die grossen Lehrer der historischen Schule vielleicht geahnt, den sie aber bei ihrer Methode nicht aufdecken konnten.

Bewahrheitet sich meine Auffassung, so wird die Wissenschaft der Zukunft überall da Gesetze auffinden, wo die bisherige Lehre sich begnügte, Regeln aufzustellen, neben denen sie Ausnahmen anerkennen musste, die sie gar nicht oder nur in gewagter historischer Weise oder mittels Fiktionen erklären konnte.

M. E. drängt sich die Erkenntnis des Gesetzes, das die unhaltbare Regel ersetzen muss, der Schuldner hafte als solcher oder soweit er Vorteil von dem Schuldverhältnis habe, dem unbefangenen Beobachter auf, d. h. dem Beobachter, der ohne Rücksicht auf die Theorien, die uns die Römer vererbt, jede einzelne Rechtserscheinung für unbedingt vollgiltig ansieht und bei jeder einzelnen zu ergründen versucht, warum gerade bei ihr diligentia verlangt bzw. nicht verlangt wird.

Bei dieser Prüfung wird sich bezüglich einer Reihe von Rechtssätzen ergeben, dass die von ihnen normierte Haftung für culpa levis in non faciendo aus Nebenumständen erklärt werden kann; diese Rechtstatsachen sind daher zunächst zu eliminieren, da aus ihnen ein sicherer Schluss auf das zu suchende Gesetz nicht entnommen werden kann. Aus diesem Grunde müssen vor allem sämtliche Fälle von der Untersuchung ausgeschlossen werden, in denen die Haftung für culpa levis in non faciendo auf den Parteiwillen zurückzuführen ist.

Der Vertrag kann unmittelbar als Folge der Willensbildung nur die Verpflichtungen erzeugen, die ausdrücklich oder stillschweigend Gegenstand der Beredung waren; es ist daher, wie schon hervorgehoben, nichts anderes als eine Fiktion, wenn man wie Dernburg (P. II § 36) annimmt, „dass indirekt und unausgesprochen in der Eingehung von Verbindlichkeiten auch die Übernahme einer weitgehenden Haftung für Verschulden liege;“ aber ausgeschlossen ist es nicht, dass den Gegenstand der übernommenen Pflicht die Wahrnehmung, Besorgung fremder Interessen bildet; hier ergibt sich die Pflicht für culpa in non

faciendo aus dem Vertrage selbst. Wer in fremdem Interesse handeln soll, muss sorgfältig handeln; dies ist eine notwendige Folge des Begriffs der Besorgung, Wahrnehmnng fremder Interessen.

Alle diejenigen Tatbestände, bei denen eine derartige Besorgnngspflicht nachweisbar ist, sind daher ungeeignet, uns Aufschluss über das zu suchende Gesetz zu geben.

In dieser Weise erklärt sich die Haftung des Mandatars [1]. Mit Recht sagt Windscheid (§ 410 N. 4): „Die Haftung des Beauftragten wegen Nachlässigkeit, obgleich er von dem Geschäft keinen Vorteil hat, erklärt sich daraus, dass in dem Versprechen, etwas für einen anderen besorgen zu wollen, stillschweigend das Versprechen der Sorgfalt liegt (worauf das deutsche Wort hinweist: besorgen)“ [2] [3].

Derselbe Grund der Haftung liegt ferner bei dem locator operarum und dem conductor operis vor. Nicht minder bei

---

[1]) Modestin (Coll. 10, 2. 3) lässt den Mandatar nur für dolus haften. Wäre die Haftung des Mandatars in den Quellen gänzlich übergangen, so hätte ihn die Lehre des gemeinen Rechts auf Grund der römischen Schulregel zweifellos ebenso haften lassen.

[2]) Cf. Hasse § 94; sein Erklärungsversuch ist mit l. 1 § 12 D. 16, 3 unvereinbar. Schon Bethmann-Hollweg (Hasse, Culpa Anh. IV S. 569) setzt wieder an Stelle desselben die Erklärung des Donellus, welche im wesentlichen derjenigen Windscheids entspricht.

[3]) Windscheid (§ 265 N. 13) erklärt aus demselben Gesichtspunkte die Haftung des negotiorum gestor. Dieselbe gehört gar nicht hierher. Seine Haftung ist eine rein aquilische und ergibt sich das Mass derselben aus folgenden Erwägungen: Derjenige, welcher eine Handlung vornimmt, die einen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre bedeutet, handelt pflichtwidrig (dolus), wenn er hierzu nicht berechtigt war, es sei denn, dass er nach Lage der Sache das Einverständnis des Dominus annehmen darf (cf. unten § 10). Darf der gestor daher dies Einverständnis nicht annehmen, so haftet er wegen dolus für casus (cf. unten § 12). Darf er es aber unterstellen, so ist seine Handlung eine indifferente (cf. unten § 13), es findet daher auf dieselbe das aquilische Prinzip Anwendung, das naturgemäss zu culpa in non faciendo führen kann. (Der Arzt unterbricht eine begonnene Operation.) Wäre endlich ohne die Dazwischenkunft des gestor für den Dominus alles verloren gewesen, so kann er wegen irgendwelcher Nachlässigkeit überhaupt nicht haftbar gemacht werden, denn hätte er gar nicht eingegriffen, so wäre der Schade auch entstanden; es fehlt also, wie man gemeiniglich zu sagen pflegt, der Kausalzusammenhang.

dem Depositar, welcher Lohn erhält, denn dieser Lohn kann ihm selbstredend nur für eine Gegenleistung versprochen werden; die Raumüberlassung kann aber diese Gegenleistung nicht sein, denn dann läge überhaupt kein depositum, sondern eine locatio conductio rei vor; der Lohn kann somit nur als Gegenleistung für eine stillschweigend zugesagte custodia gedacht werden.

Also auch diese Tatbestände sind ungeeignet, Aufschluss über das zu ermittelnde Rechtsgesetz zu geben.

Scheinbar verwandt mit dem Mandat bzw. der locatio conductio operis ist das Geschäft, durch welches der Feldmesser sich verpflichtet, ein Gutachten über die Grösse eines Grundstückes abzugeben. In Wirklichkeit besteht aber ein wesentlicher Unterschied zwischen diesem Geschäft und den beiden vorgedachten; hier fehlt gerade das Moment, dass der mensor sich verpflichtet, eine fremde Angelegenheit zu besorgen. Der mensor verpflichtet sich nicht zu einem Besorgen, sondern zu einem Beschaffen. Er steht in dieser Hinsicht mit dem Verkäufer und dem Stipulationsschuldner, der eine bestimmte Sache verspricht, auf derselben Stufe. Wer ein Gutachten abzugeben hat, verpflichtet sich nicht zu der Tätigkeit, die erforderlich ist, dasselbe zu erstatten, sondern nur zur Erstattung desselben.

Der Feldmesser kann daher jedenfalls um deswillen nicht für culpa in non faciendo haftbar gemacht werden, weil er sie vertraglich übernommen hätte; auch kann aus der Annahme eines Lohnes nicht mit Notwendigkeit auf die stillschweigende Übernahme einer solchen Verpflichtung, wie bei dem Depositar, geschlossen werden; denn hier liegt es doch am nächsten, anzunehmen, dass ihm der Lohn für die Erstattung des Gutachtens selbst versprochen wird. Tatsächlich lässt ihn denn auch das römische Recht nur für dolus und culpa lata haften.

An und für sich wird also hier unsere Beobachtung durch kein störendes Element behindert; auch wird sich herausstellen, dass die Art der Haftung des mensor mit dem von uns aufzustellenden Rechtsgesetz nicht in Widerspruch tritt; aber gleichwohl glaube ich, dass dieser Fall gar nicht hierher gehört, gar nicht von dem hier in Frage stehenden Gesetze getroffen wird. Es handelt sich hier nicht um den Schaden, der einer

Person dadurch entsteht, dass eine andere Person nicht für sie handelt, wo sie es hätte tun sollen, sondern um den Schaden, der einer Person dadurch erwächst, dass ihr von einer anderen Person nicht das geleistet wird, was hätte geleistet werden sollen.

Liefert der Verkäufer wurmstichiges Holz, und stürzt infolgedessen das neuerbaute Haus des Käufers zusammen, so haftet der Verkäufer nur, wenn er die tadellose Beschaffenheit des Holzes besonders zugesagt oder die Fehler und Mängel des Kaufgegenstandes wissentlich verschwiegen hat. In der gleichen Lage befindet sich der Feldmesser; seine Ware ist das Gutachten; war seine Ware schlecht, und lässt sich deswegen sein Klient auf einen für ihn ungünstigen Vergleich oder Verkauf ein, so kann er nur unter denselben Voraussetzungen, wie der Verkäufer, haften.

In einem ganz analogen Verhältnis steht ferner der Mäkler (l. 2 D. 50, 14). War aber Gegenstand der Leistung dieser beiden Personen nicht eine Besorgung, sondern eine Beschaffung, so konnten die Römer unmöglich das Geschäft, wodurch der Feldmesser und der Mäkler die Beschaffung übernahmen, als bindend anerkennen; denn eine Vertragsform, abgesehen von der Stipulation, durch die sie sich hätten binden können, gab es nicht[1]; unmöglich wäre es aber den römischen Juristen gleichwohl nicht gewesen, sie für culpa levis haften zu lassen, aber dazu lag nicht mehr Veranlassung vor, wie auch beim Stipulationsschuldner[2].

[1]) Auch locatio conductio operis kann nicht in Betracht kommen. Jedenfalls kann man sich zum Beweise der Möglichkeit derselben nicht auf l. 4 § 1 D. 10, 1 berufen; denn hier spricht Paulus von einem Dingen des mensor gegen Lohn. Bei der Art des Geschäftes ist aber eine l. c. operarum im streng juristischen Sinne nicht zu denken.

[2]) Nach Dernburg ist der Mangel des Kontraktsverhältnisses der Grund, warum der mensor nicht für culpa levis haftet (Pand. II § 37 N. 10). Somit müsste also ein Gutachter, sobald er Kontraktsschuldner wurde, culpa levis prästieren. In dieser Lage befindet sich der, welchem ich eine Sache zur Besichtigung gegeben habe, um mir ein Gutachten über ihren Wert zu erstatten. Die Römer liessen ihn bald mit der actio commodati, bald mit der actio praescriptis verbis haften; gleichwohl hatte er nur dolus zu praestieren (l. 10 § 1 D. 13, 6, l. 17 (18) § 2 D. 19, 5).

Ist meine Auffassung richtig, so besteht auch gar keine Analogie zwischen der Tätigkeit des mensor und des Rechtsanwalts; wohl aber ist sie mit derjenigen des urteilenden Richters [1]) verwandt, und fallen meines Erachtens die Normen der l. 1 § 1 D. 11, 6 und des § 839 Abs. 2 BGB. unter dasselbe Prinzip.

Aus einem ähnlichen Grunde, wie die Haftung des Mandatars, des conductor operis, locator operarum und des Depositars mercede interveniente, erklärt sich die Haftung des mit einem Vermächtnis beschwerten Testamentserben oder Vermächtnisnehmers, wenn ihnen ein Vorteil auf Grund des Testaments verbleibt. Absicht des Erblassers ist es, dass der Bedachte die Zuwendung, soweit dies irgend möglich ist, auch wirklich erhält, d. h. also, dass die Leistungsmöglichkeit mit Sorgfalt aufrecht erhalten werde. Aber die Absicht des Testators ist an sich rechtsunerheblich, wenn er sie nicht in irgend einer Form zur Geltung bringt, etwa dadurch, dass er die Prästation der Sorgfalt als Bedingung setzt. Die Vermächtnisschuld enthält daher an und für sich nicht die Sorgfaltspflicht. Eignet sich aber der Belastete auf Grund des Testamentes etwas aus der Erbschaft an, so unterwirft er sich damit dem ganzen Willen des Erblassers; nam absurdum videtur licere eidem partim comprobare iudicium defuncti, partim evertere (l. 7 D. 38, 2) [2]). Eignet er sich dagegen auf Grund des Testaments nichts aus der Erbschaft an, so liegt ein Grund, ihn für culpa levis haften zu lassen, nicht vor. So erklären sich l. 108 § 12 D. 30 und l. 23 (22) § 3 D. 36, 1 [3]).

Die comprobatio iudicii des Erblassers, die der Belastete dadurch erklärt, dass er einen ihm vom Erblasser angebotenen

[1]) Cf. Pernice, Labeo, 2. Aufl. 2. Bd. Abt. 2 S. 172; Bethmann-Hollweg (in Hasses Culpa) S. 556, N. 2.

[2]) L. 77 § 5 D. 31; l. 37 pr. D. 32: si modo nihil praeterea mater cepisset; l. 5 § 2 D. 34, 9: hic enim nihil contra iudicium defuncti fecit; l. 92 D. 35, 1: neque enim debet circumveniri testantium voluntas; l. 3 § 15, 16 D. 37, 4; l. 40 pr. D. 40, 5: neque patris naturalis iudicium in ceteris legatis filia agnovit.

[3]) Windscheid § 665 N. 7: l. 23 (22) § 3 D. 36, 1 setzt Herausgabe der ganzen Erbschaft voraus.

Vorteil annimmt, macht ihn haftbar, nicht aber der Umstand für sich allein, dass er einen Vorteil erhält; es heisst nicht in der l. 108 § 12 l. c. si nihil praeterea ex hereditate capias, sondern si nihil praeterea ex testamento capias. Zieht daher der mit einem Fideikommiss beschwerte Intestaterbe für sich die Falcidische Quart ab, so liegt noch keine Veranlassung vor, seine Haftung zu steigern.

Auch aus diesen Tatbeständen kann mithin das zu suchende Gesetz nicht erkannt werden, da ebenfalls hier sich die Haftung für culpa in non faciendo aus der Übernahme einer Besorgungspflicht erklärt.

Zweifellos ist auch die Norm, nach der der Depositar, welcher deposito se obtulit, für culpa levis haftet, für unseren Zweck nicht geeignet; denn hier muss unbedenklich als Grund der Haftung der Umstand angesehen werden, dass sich der Depositar zur Verwahruug herangedrängt hat; denn wir wissen ja, dass der Depositar an sich nicht für culpa levis haftet. Die Frage, ob im übrigen hier die Haftung des Depositars sich daraus erklärt, dass man aus seinem Verhalten auf eine stillschweigende Übernahme der Sorgfaltpflicht schliessen kann, oder daraus, dass er den Hinterleger durch sein Verhalten verhindert hat, einen zuverlässigeren Verwahrer auszuwählen, kann hier offen bleiben.

Betrachtet man nun aber nach diesem Eliminationsverfahren die noch verbleibenden sachlichen Entscheidungen der Römer, so meine ich, ergibt sich das sie beherrschende Rechtsgesetz von selbst. Es genügt schon die Haftung des Kommodatars und Prekaristen nebeneinander zu stellen, um durch Induktion die Hypothese zu finden, die die im Wege der Deduktion zu vollziehende Probe als das allgemein giltige Gesetz bestätigen wird.

Dasselbe kann in folgender Weise formuliert werden:

Wer berechtigt ist, in seinem Interesse eine andere Person an der Wahrnehmung ihrer Interessen, insbesondere an der Behütung eines Gegenstandes, an deren Erhaltung die letztere ein Interesse hat, zu verhindern, ist, wenn er von seinem Recht Gebrauch macht, solange verpflichtet, culpa levis in

non faciendo zu prästieren, bis er die andere Person wieder in die Lage versetzt hat, ihre Interessen selbst wahrzunehmen.

Soll dieses Gesetz die Probe bestehen, so muss in allen denjenigen Fällen, in welchen culpa levis in non faciendo prästiert wird, ohne dass dieselbe sich ans einem besonderen Grunde erklären lässt, sein Tatbestand gegeben sein; dagegen darf da, wo dieser Tatbestand nicht zutrifft, auch kein Nebenumstand jene Haftung begründet, die betreffende Person niemals verpflichtet sein, culpa levis in non faciendo zu prästieren.

Hier sollen zunächst diejenigen Rechtsverhältnisse besprochen werden, bei denen der Tatbestand unseres Gesetzes regelmässig nicht gegeben ist, dasselbe also keine Anwendung findet; an zweiter Stelle sodann diejenigen, in denen das Vorliegen der Voraussetzungen desselben die Regel bildet.

Auf der Hand liegt zunächst, dass der Depositar, der sich zu nichts anderem verpflichtet, als einen Raum zu gewähren, auch kein Retentionsrecht erwirbt, nicht für culpa levis in non faciendo wird einstehen müssen. Hält er die Sache dem Deponenten vor, so haftet er nicht nur im Falle eines besonderen Verschuldens, sondern ohne weiteres für casus, da er eine Rechtsverletzung begeht[1]), es sei denn, dass er einmal aus besonderem Grunde zur Vorenthaltung berechtigt sein sollte (l. 13 pr. D. 16, 3); hier würde er für culpa levis zu haften haben. Eine Entscheidung für diesen Fall fehlt in den Quellen.

In ganz derselben Lage befindet sich der Prekarist[2]); auch er kann regelmässig[3]) nur dolos den geliehenen Gegenstand dem Leiher vorenthalten. Solange er aber diesen Rechtsbruch nicht begeht, ist der Verleiher stets in der Lage, seine Interessen wahrzunehmen, indem er die Sache wieder an sich zieht; jeden-

---

[1]) Cf. unten § 12.

[2]) Auf seine Weise — teleologisch — erklärt Jhering die Haftung des Prekaristen (Besitzw. S. 397 ff.)

[3]) Ist ausnahmsweise das precarium nicht beliebig widerruflich, dann werden die Römer den Prekaristen auch für culpa haben haften lassen. Man denke sich die Lage des Verkäufers in der von Jhering (Besitzw. S. 405) zitierten l. 20 D. 43, 26, wenn der Käufer nur für dolus haften würde.

falls wird er durch den Prekaristen nicht daran gehindert. Wenn daher das römische Recht den Prekaristen nur für dolus haften lässt, so hat dies seinen guten Grund darin, dass er unter unser Rechtsgesetz gar nicht fällt, nicht aber darin, weil angeblich auch noch nach klassischem römischen Recht „der Empfänger einer frei widerruflichen Gabe seinerseits nicht rechtlich gebunden war" (Dernb., Pand. II § 91). Ist diese systematische Erklärung der Haftung des Prekaristen die zutreffende, so verliert die Aufstellung Dernburgs, der Prekarist hafte nach gemeinem Recht für culpa levis, jede Stütze.

In der gleichen Lage wie der Depositar und der Prekarist befindet sich ferner der Stipulationsschuldner, der einen Gegenstand zu leisten versprochen hat. Er kann aus eigenem Recht den Gegenstand dem Gläubiger nicht vorenthalten; tut er es gleichwohl, so verletzt er fremdes Recht, nämlich das Forderungsrecht des Gläubigers und haftet alsdann, ohne dass es noch auf ein sonstiges Verschulden ankommt, für allen casus[1]).

In der gleichen Lage befindet sich ferner derjenige, welcher mit einem Vermächtnis belastet ist; hat er daher nicht die Haftung für culpa levis durch comprobatio iudicii defuncti übernommen, so haftet er nur wegen dolus.

In der gleichen Lage befindet sich weiterhin der bonae und malae fidei possessor vor dem Prozessbeginn, bzw. der

[1]) Wie haftet der Bereicherte? Nach der herrschenden Meinung für culpa levis in faciendo und non faciendo; cf. Windsch. § 424 N. 3. Die Haftung für culpa levis in non faciendo soll sich aus l. 38 § 1 D. 22, 1 ergeben. Cf. hierzu Hartmann, Die Obligation S. 267, 268. Nach Hartmann selbst soll der Bereicherte nur dolus und culpa lata prästieren; wie es scheint, will Hartmann ihn auch nicht culpa levis in faciendo prästieren lassen. Danach würde also der Bereicherte frei ausgehen, der in Kenntnis seiner Schuld den indebite empfangenen Sklaven fahrlässigerweise tötet. — Nach meiner Ansicht geben die Quellen auf unsere Frage überhaupt keine Antwort. Ausser aus l. 38 § 1 cit., welche die Haftung wegen negligentia verneint, ergibt sich aus ihnen nur soviel, dass auch auf den Bereicherten der Satz der l. 150 D. 50, 17 Anwendung findet: Parem esse conditionem oportet eius, qui quid possideat vel habeat, atque eius, cuius dolo malo factum sit, quominus possideret vel haberet; cf. unten § 12. Der Bereicherte befindet sich in derselben Lage, wie der Stipulationsschuldner; er haftet mithin für dolus (culpa lata) und culpa levis in faciendo; letztere Haftung folgt aus dem aquilischen Prinzip; cf. unten § 13.

ersten Aufforderung zur Herausgabe der Sache. Sie haben kein Recht, den Eigentümer an der Wahrnehmung seiner Interessen, an der Behütung des Gegenstandes zu verhindern, aber bis jetzt haben sie dies auch nicht getan[1]).

Gibt der m. f. possessor die Sache nicht nach der ersten Aufforderung, insbesondere auch nicht nach Erhebung der Klage heraus, so handelt er dolos, er hat daher selbstredend auch all den Schaden zu tragen, der bei sorgfältiger Behandlung der Sache hätte vermieden werden können. Solange dagegen der b. f. possessor sich seinen guten Glauben wahrt, ist er berechtigt, die Sache dem Kläger vorzuenthalten: nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere (l. 40 pr. D. 5, 3). Aber alsdann ist wieder der Tatbestand unseres Gesetzes gegeben. Der b. f. possessor muss daher nunmehr für culpa in non faciendo haften.

Regelmässig keine Anwendung findet seinem Inhalte nach das Gesetz auf den, welcher in den Besitz einer einzelnen Sache oder eines ganzen Vermögens eingewiesen ist, denn er

---

[1]) Auf Grund unseres Gesetzes muss daher auch die zweifelhafte Frage, ob der m. f. possessor während dieser Zeit wegen Verschlechterungen haften soll, verneinend entschieden werden, und verschwindet damit die inelegantia iuris, dass er zwar nicht bei Untergang der Sache, wohl aber bei Verschlechterung derselben haften soll. Man stützt letzteren Satz auf l. 13—15 pr., l. 45 D. 6, 1, l. 5 C. 3, 32. Die Beweiskraft der ll. 13—15 verdient keine ernstliche Widerlegung. Ulpian und Paulus denken hier ausschliesslich an aquilisches Verschulden: quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit; quodsi malit actor potius legis Aquiliae actione uti. L. 45 D. 6, 1 ist an sich zweifelhaft, aber jedenfalls widerlegt sie nicht die hier vertretene Ansicht, denn es steht nichts im Wege unter culpa aquilisches Verschulden zu verstehen. In l. 5 C. 3, 32 kann — ich sage nicht muss — angenommen werden, dass es sich in dem dem Kaiser vorliegenden Falle nicht um einfache mala fides handelt, sondern um dolose Aneignung des Hauses: ab adversa parte iniuria occupatam. In l. 31 D. 5, 3 hat der Beklagte culpa in non faciendo zu prästieren, weil er praedo ist und nicht nur malae fidei possessor; wenn Ulpian den b. f. possessor nach der Litiscontestation auch für culpa in non faciendo haften lässt, so ist die sachliche Entscheidung richtig; mit der Begründung: postea vero et ipse praedo est, sagt er nicht nur zu viel (Windsch. § 124 N. 5), sondern viel zu viel; denn nicht einmal jeder m. f. possessor ist praedo.

hat regelmässig nur die Innehabung neben dem Schuldner, hat also kein Recht, ihn an der Wahrnehmnng seiner Interessen zn hindern; er haftet daher nur wegen dolus und culpa lata. Der Tatbestand unseres Gesetzes ist aber auch hier wieder gegeben, wenn nach Lage der Sache der missus berechtigt ist, die betreffenden Gegenstände in alleinige Verwahrung zu nehmen; dann muss er culpa in non faciendo prästieren: et puto ita legatarinm custodire res hereditarias debere, ut neque heredi auferantur, neque depereant deterioresve fiant (l. 5 § 22 D. 36, 4).

Der Verkänfer hat das Recht, solange der Kaufpreis nicht bezahlt ist, die Sache als Pfand zurückzubehalten: quasi pignus potest retinere eam rem quam venditit (l. 13 § 8 D. 19, 1), nam venditor pignoris loco, qnod vendidit, retinet, quoad emptor satisfaciat (l. 31 § 8 D. 21, 1). Der Verkäufer ist mithin berechtigt, den Känfer an der Wahrnehmung seiner Interessen zu hindern und er muss deshalb diligentia prästieren, bis er den Käufer in die Lage versetzt hat, selbst die diligentia auszuüben. Hierzu genügt es, dass er dem letzteren erklärt, die betreffende Sache stände zu seiner Verfügung[1]): venditor . . . antequam vacuam possessionem tradat, custodiam et diligentiam praestare debet (l. 36 D. 19, 1; cf. auch l. 4 § 2 D. 18, 6).

Nahe liegt es, zu sagen, der venditor hafte alsdaun nicht mehr für culpa levis, weil der emtor sich nunmehr im Verzug befindet. Aber dann entsteht wieder die Frage: warum hat der Annahmeverzug diese Wirkung? Windscheid antwortet (§ 346 N. 2): „Hätte der Gläubiger angenommen, so hätte der Schuldner keine Sorgfalt mehr aufzuwenden gebraucht.“ Damit führt Windscheid diese Wirkung der mora accipiendi auf konkurrierendes Verschulden des Gläubigers zurück; wäre diese Auffassung richtig, dann müsste der venditor in den Fällen, wo der emtor ohne sein Verschulden nicht in der Lage ist anznnehmen, solange für cnlpa levis haften, bis dem emtor die Annahme möglich wird; und doch soll es nach den Quellen, ne infinitam custodiam non debeat venditor (l. 4 § 2 D. 18, 6),

---

[1]) Denn die Wendung vacuam possessionem tradere bedeutet hier nichts anderes.

genügen, dass er den Käufer auffordert, die Ware abzuholen. Das Aufhören der Haftung des venditor für culpa levis kann mithin nicht durch Verschulden des emtor erklärt werden; diese Wirkung der mora accipiendi (§ 300 BGB.) ist vielmehr allein darauf zurückzuführen, dass unser Gesetz von diesem Zeitpunkt an nicht mehr wirkt.

Diese Änderung in der Haftung des Verkäufers kann nicht nur durch Annahmeverzug des Käufers herbeigeführt werden, sondern naturgemäss auch dadurch, dass der Verkäufer, ehe noch seine Verbindlichkeit fällig ist, dem Käufer die Möglichkeit einräumt, seine Interessen selbst wahrzunehmen, sei es, dass er ihm lediglich die custodia gestattet oder die Sache als Mieter oder Prekarist überlässt (l. 38 pr. D. 39, 2; l. 17 (16) D. 18, 6).

Man könnte nun aber einwenden, für den Verkäufer entsteht gar kein Retentionsrecht, wenn ihm der Kaufpreis sofort bezahlt wird; in diesem Falle müsste der Verkäufer diligentia prästieren, obschon der Tatbestand unseres Gesetzes nicht zutrifft.

Ich kann demgegenüber nur erwidern, dass ich mit Bestimmtheit annehme, dass die Römer den Verkäufer in diesem Falle nicht für culpa levis haften liessen. Wenn der Käufer da, wo er es kann, den Kaufgegenstand nicht sofort an sich zieht, so ist dies seine Sache; er befindet sich alsdann in derselben Lage, wie der Stipulationsgläubiger, er kann nicht erwarten, dass der venditor für ihn handelt, dazu hat sich dieser nicht verpflichtet.

Einen Beweis aus den Quellen dafür, dass hier der Verkäufer nicht haftet, kann ich allerdings nicht erbringen; man kann aber auch das Gegenteil nicht etwa aus dem Umstande herleiten, dass die Römer wiederholt schlechthin erklären, der venditor hafte für culpa levis; so sagen sie auch meist ohne alle Einschränkung, der Kommodatar hafte für culpa levis, der Depositar hafte nur für dolus; das hindert aber nicht, dass sie ausnahmsweise den Kommodatar nur für dolus, den Depositar für culpa levis haften lassen. Bezüglich des venditor lassen sie, wie wir schon gesehen haben, auch dergleichen Ausnahmen zu, und die eben zitierte l. 38 pr. D. 39, 2 zeigt, dass die Zahl der möglichen Ausnahmen offenbar keine geringe war. Es heisst

dort: tunc certe utiliter stipulatur, cum omnis culpa a venditore aberit, veluti si. . . .

Aus derartigen Abstraktionen, der Verkäufer hafte für culpa levis, können daher, zumal sie von den Römern herrühren, mit Sicherheit keine Schlüsse gezogen werden. Ausgeschlossen ist übrigens auch nicht, dass die Römer ein Geschäft, bei dem der Kaufpreis sofort bar bezahlt wurde, gar nicht als eine emtio venditio, als einen Kaufkontrakt, sondern als einen Realkauf angesehen haben.

Im Gegensatz zum Prekaristen steht dem Kommodatar regelmässig das Recht zu, die geliehene Sache eine gewisse Zeit zu behalten; er muss daher da, wo er dieses Recht erworben hat, culpa levis prästieren. Es kommen aber auch Fälle vor, in denen auch der Kommodatar dieses Recht nicht erwirbt, nämlich dann, wenn ihm der Verleiher die Sache nur in seinem Interesse geliehen hatte (cf. l. 5 § 10 D. 13, 6; dazu l. 10 § 1 h. t.); hier findet denn auch keine Haftung für culpa in non faciendo statt. Der Diener, dem sein Herr eine Livree leiht, hat dieselbe auf erstes Auffordern wieder abzuliefern; der Soldat, dem der Staat eine Uniform zur Verfügung stellt, erwirbt kein Recht, die Uniform dem Staate auch nur eine Stunde vorzuenthalten.

Möglicherweise schliesst auch der Kommodatar den Verleiher nicht von der custodia aus, obschon er das Zurückbehaltungsrecht erworben hat, nämlich dann, wenn der Verleiher und der Leiher vereinbaren, die betreffende Sache zu einem gemeinsamen Zwecke zu benutzen. Zwei Personen beabsichtigen einem gemeinsamen Freund ein Gastmahl zu geben. Dasselbe findet bei dem A statt; der B stellt sein Silberzeug zur Verfügung. Soll hier A culpa levis prästieren? Gaius bejaht dies im Gegensatz zu anderen Juristen, deren Namen er nicht anführt (l. 18 pr. D. 13, 6). Ich glaube, Gaius tut diesen anderen Juristen Unrecht. In seinem Tatbestande führt er ein Moment auf, das die Haftung für culpa levis sehr wohl erklärt, das seine Gegner in den übrigen höchstwahrscheinlich nicht aufgenommen hatten. Bei Gaius heisst es: si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam sus-

ceperis . . .; hier liegt eine vertragliche[1]) Übernahme der diligentia vor.

Selbstredend hat der Grundsatz, dass der, welcher den anderen Teil nicht von der custodia ausschliesst, keine culpa levis zu prästieren braucht, nicht nur hier, beim Kaufe und dem prätorischen Pfande, sondern allgemein zu gelten. Es hat daher z. B. der Mieter in diesem Falle keine diligentia zu prästieren. Der Pensionär, zu dessen Zimmer seine Wirtsleute bei seiner Abwesenheit jederzeit Zutritt haben, braucht während dieser Zeit nicht darauf acht zu geben, dass Hunde und Katzen nicht das im Zimmer befindliche Geschirr zertrümmern, Diebe die Möbel stehlen. In der gleichen Lage befindet sich der, welcher in einem Hotel ein Zimmer gemietet hat. Wer sich zu einem Ausflug einen Wagen mietet, den ein Diener des Vermieters oder letzterer selbst fährt, haftet nicht, wenn in einem unbewachten Augenblick Kinder in demselben Unfug verüben. Anders dagegen ist nach der herrschenden Theorie zu entscheiden. Alle diese Personen sind „Schuldner, zu deren Vorteil das Verhältnis gereicht, aus welchem das Forderungsrecht erwachsen ist“ [2]).

Unser Gesetz findet endlich auch durch die Art der Haftpflicht des Usnfruktnars seine Bestätigung.

Wenn mir hiernach der Nachweis gelungen sein sollte,

---

[1]) Es wird deshalb hier auch nicht etwa nur diligentia quam in suis sondern diligentia omnis prästiert (cf. unten § 14); es liegt somit keine Veranlassung vor, die Worte „rebus pignori datis“ in „rebus societatis“ zu verwandeln.

[2]) Ohne Zweifel haften dieselben ebenfalls nach § 276 BGB. Wehe dem Hotelgast, in dessen Abwesenheit das Bettzeug gestohlen wird! Ich zweifle allerdings nicht, dass kein einziges deutsches Gericht dem Wirt einen Anspruch auf Schadensersatz gewähren wird, und man wird es auch an einer Begründung nicht fehlen lassen. Man wird sagen: Fahrlässig handelt nur, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt; im Verkehr ist es aber nicht erforderlich, dass der Gast auf die Einrichtung des Hotelzimmers diligentia in faciendo verwendet. Sieht man aber näher zu, so wird man erkennen, dass diese Begründung zweifellos verfehlt ist; hier wird bezüglich der Einrichtung die Sorgfaltpflicht gänzlich geleugnet; nach § 276 hat der Gast aber unbedingt diligentia zu prästieren; Absatz 1 Satz 2 will nur für den Massstab der zu prästierenden Sorgfalt einen Anhaltspunkt geben.

dass sich die Frage: unter welchen Voraussetzungen wird für culpa levis in non faciendo gehaftet? für das römische Recht durch einen allgemeinen Satz beantworten lässt, der allen Anforderungen, die man an ein Gesetz im logischen Sinne stellen muss, entspricht, so glaube ich die Vermutung aussprechen zu dürfen, dass auch zwischen den übrigen Sätzen des römischen Rechtes ein weit innigerer systematischer Zusammenhang besteht, als die Pandektisten des vorigen Jahrhunderts angenommen haben.

Hätte die historische Schule sich nicht in erster Linie die Aufgabe gestellt, die geschichtliche Entwickelung dieses Rechtes zu erforschen, sie hätte uns nicht den sicheren Unterbau zu errichten vermocht, auf dem wir nunmehr weiterbauen können, aber bei ihrer einseitigen Betrachtungsweise konnte sie zu einer vollkommenen Erkenntnis nicht gelangen.

Das Recht ist einem Maschinenmodell vergleichbar. Im ersten Entwurf ist es unbeholfen; auch noch in den weiteren Entwickelungsstadien lässt sich vielfach die Gestaltung der einzelnen Teile nur aus dem Umstande erklären, dass der erste Erfinder des Modells ihm gerade diese Form gegeben hat; je mehr sich dasselbe aber seiner idealen Vollkommenheit nähert, umsomehr tritt die Bedeutung der historischen Entwickelung zurück; ist aber das Ideal erreicht, so trägt die Kenntnis der Entwickelungsstadien, welche das Modell durchlaufen hat, zum Verständnis seiner jetzigen Form nichts mehr bei; jetzt lässt sich seine Gesamtkonstruktion, sowie die Gestalt der einzelnen Teile nur noch aus dem Zwecke erklären, dem die Maschine dienen soll.

Ich glaube nun aber annehmen zu dürfen, dass das römische Recht, nachdem die grossen klassischen Juristen die letzte Hand an dasselbe angelegt hatten, in den meisten Teilen des Vermögensrechts einen Grad der Vollkommenheit erreicht hatte, die fast als ideale bezeichnet werden darf.

Soweit Gesetz und Gewohnheitsrecht ihnen eine Schranke setzten, konnten die Klassiker nicht verfeinern und verbessern; sie konnten daher vor allem an den altererbten, oft steifen Rechtsformen nicht rütteln; aber für sie waren diese Formen nicht Rechtsquellen, sondern nur Rechtsgefässe. Gewiss konnte

bei der starren Form der indicia stricti iuris das Recht der bona fides nicht ipso iure dem Beklagten zugute kommen, sie schlossen aber hieraus nicht etwa, dass dem reus diese Wohltat um deswillen ganz zu versagen sei; sie halfen ihm mittelbar ope exceptionis, mittels der Einrede des dolus. Die klassischen Juristen setzten sich nicht über das formelle Recht hinweg, aber aus dem formellen Recht leiteten sie ihre materiellen Rechtssätze nicht ab; dass sie aus der formellen Natur der Stipulation die Art der Culpahaftung des Stipulationsschuldners hergeleitet haben sollen, das kann ich nach der Gesamtauffassung, die ich mir von dem Werk der Klassiker gebildet habe, nimmer glauben.

Nach alledem kann ich daher nur an dem Satz festhalten: Das klassische römische materielle Vermögensrecht ist in erster Linie systematisch zu erklären; erst dann, wenn diese Art der Interpretation gänzlich versagt, ist die geschichtliche Erklärung angezeigt.

Halten wir im Gegensatz zur historischen Schule an dieser Forschungsmaxime fest, so wird es uns vielleicht gelingen, überall da Gesetze aufzufinden, wo unsere Vorgänger nur eine äussere Regelmässigkeit erkannten.

Mit der Aufstellung der aus einem engbegrenzten Tatsachenkreise, wie dem vorhin aufgeführten, abgeleiteten empirischen Gesetze ist erst der erste Schritt getan. Es gilt ferner diejenigen empirischen Gesetze, zwischen denen ein innerer Zusammenhang besteht, zu allgemeinen Erfahrungsgesetzen zn verbinden.

Die historische Schule hat sich letzterer Aufgabe, so viel ich übersehe, niemals unterzogen. Sie stellt die Sätze betreffend der Haftung wegen kontraktlichen, aquilischen Verschuldens, wegen Bereicherung, Drohung und Arglist und aus anderen Gründen unvermittelt nebeneinander, während doch die Vermutung nahe liegt, dass alle diese Rechtssätze und noch viele andere sich auf ein gemeinsames höheres Prinzip zurückführen lassen.

Aber sollte es auch gelingen, ein derartiges letztes Prinzip oder derartige letzte Prinzipien aufzustellen, aus denen sich alle bisher gefundenen Erfahrungsgesetze und mithin das ganze

bekannte Erfahrungsmaterial erklären lässt, so ist doch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass in Wirklichkeit nur eine zufällige Regelmässigkeit vorliegt. Diese Gefahr besteht stets bei Aufstellung eines empirischen Gesetzes. Man nehme z. B. an, dass die Quellen die Haftung des Prekaristen und Stipulationsschuldners gänzlich übergangen hätten und nur Aussprüche über die Haftung des Kommodatars, des Depositars und Pfandgläubigers enthielten, dann liessen sich die betreffenden Rechtssätze ausnahmslos auf den Satz der herrschenden Lehre zurückführen, dass der Schuldner dann und nur dann für culpa levis in non faciendo hafte, „wenn das Verhältnis, aus welchem das Forderungsrecht erwachsen ist, zu seinem Vorteil gereicht." Und doch würde sich dieser Satz trotz seiner scheinbar ausnahmslosen Gültigkeit als nichts anderes als eine zufällige Regelmässigkeit darstellen. Er scheint eben nur ausnahmslos zu gelten, weil das gesamte Erfahrungsmaterial, das dem zu ermittelnden Gesetze zugrunde liegt, nicht bekannt ist. Möglicherweise besteht sogar zwischen diesen Tatsachen, die scheinbar einer ausnahmslos geltenden Regel unterworfen sind, gar kein innerer Zusammenhang, so dass die Aufstelluug eines Prinzips überhaupt nicht statthaft war.

Um diese mit einer unvollständigen Induktion stets verknüpfte Gefahr zu vermeiden, erübrigt nur das eine Mittel, festzustellen, ob und welcher Kausalzusammenhang zwischen den der Untersuchung unterworfenen Tatsachen besteht; denn nur dann, wenn ein solcher Zusammenhang vorliegt, war die Induktion berechtigt (cf. Überweg, System der Logik § 129), und nur dann, wenn es gelingt, den vorhandenen Kausalzusammenhang aufzudecken, lässt sich erkennen, ob der aufgestellte allgemeine Satz sich lediglich als eine zufällige Regelmässigkeit oder als das die betreffenden Tatsachen wirklich beherrschende Gesetz darstellt. Es ist mithin der Versuch zu machen, den gefundenen empirischen Gesetzen bezw. dem aus ihnen abgeleiteten allgemeinen Erfahrungsgesetz eine kausale Form zu geben oder das letztere unmittelbar als Kausalgesetz zu formulieren.

Es fragt sich jedoch: ist dies überhaupt möglich? Hierauf kann a priori nur die Antwort gegeben werden: es muss dies

möglich sein, sonst würde es schlimm um die Rechtswissenschaft, schlimm um das Recht selbst stehen. Wie schon hervorgehoben, ist es die unerlässliche Voraussetzung jeder Induktion, dass zwischen den einzelnen der Untersuchung unterworfenen Erkenntnisobjekten ein gesetzmässiger Kausalzusammenhang besteht. Die Rechtswissenschaft dürfte es sich daher gar nicht gestatten, gestützt auf einzelne Rechtssätze Prinzipien aufzustellen, wenn sie nicht einen derartigen Zusammenhang zwischen diesen Sätzen voraussetzen könnte. Sie müsste mithin andernfalls auf ein überaus wichtiges Mittel der Ergänzung der Lücken der positiven Rechte verzichten.

Da ferner der Analogieschluss sich als eine Vereinigung eines induktiven und eines syllogistischen Schlusses darstellt (cf. Überweg § 131), so dürfte aus demselben Grunde unsere Wissenschaft und natürlich auch die Praxis sich nicht der Analogie bedienen.

Wenn daher die Jurisprudenz zu allen Zeiten von beiden letztgedachten Schlussweisen stets einen ausgiebigen Gebrauch gemacht hat, so beweist dies wenigstens soviel, dass sie zum mindesten instinktiv einen inneren Zusammenhang unter den einzelnen Rechtstatsachen angenommen hat.

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Rechtsanalogie zulässig ist, ist keine Frage der Rechtswissenschaft, sondern der Logik, und daher streng nach den Regeln der letzteren Wissenschaft zu beantworten. Von vornherein scheint es mir daher unmöglich zu sein, die Zulässigkeit der Analogie damit zu begründen, dass die Wissenschaft berechtigt sein müsste, „unfertige Gedanken des Gesetzgebers auszudenken." Angenommen selbst, es gäbe unfertige Gedanken, so wäre diese Befugnis der Wissenschaft, dieselben auszudenken, doch rein aus der Luft gegriffen. Eine Frage der Rechtswissenschaft dagegen ist es, im einzelnen Falle den Nachweis des erforderlichen Kausalzusammenhangs zu führen, und zu den leichtesten gehört diese Aufgabe nicht, wenn sie auch gemeiniglich sehr leicht genommen wird [1]).

---

[1]) Zutreffend sagt Paul Müller, Die Elemente der Rechtsbildung und des Rechts S. 441: „Der Logiker würde nicht ohne Erstaunen sehn, was man

Es entsteht aber ferner die weitere Frage, ob es möglich ist, noch innerhalb des Gebietes der Rechtswissenschaft selbst Kausalgesetze aufzustellen. Wundt (Logik II, 1 S. 29) verneint diese Frage: „Den physischen Kausalgesetzen,“ sagt er, „auf welche die naturwissenschaftliche Induktion hinleitet, stehen im Gebiete der Geisteswissenschaften psychische Kausalgesetze gegenüber. Es ist aber charakteristisch, dass hier dieser letzte Schritt des Induktionsverfahrens nur von der Psychologie selbst geschehen kann, während die von ihr abhängigen Gebiete, wie die Gesellschaftslehre, Sprachwissenschaft, Mythologie u. s. w., bloss zur Aufstellung empirischer Gesetze gelangen, die erst eine kausale Form annehmen, wenn sie einem der reinen Psychologie angehörigen Kausalgesetze subsumiert werden.“

Ich nehme nun ohne alles Bedenken an, dass die Grundnormen, nicht nur des Vermögensrechts, sondern auch anderer Rechtsgebiete, so des Strafrechts, in letzter Linie auf psychische Kräfte, wie den Selbsterhaltungstrieb des Individuums und der Gesellschaft zurückzuführen sind; gleichwohl glaube ich, dass den allgemeinen Erfahrungsgesetzen der Rechtswissenschaft auch noch innerhalb ihres Gebietes eine kausale Form gegeben werden kann.

Im Gebiete der Geisteswissenschaften übernimmt der Zweck die Rolle der Ursache; „die Zweckvorstellung wird zur Ursache“ (Wundt, Logik I S. 649). „Soweit die Willenshandlungen auf das äussere Geschehen Einfluss erlangen,“ schreibt Wundt (a. a. O.), „ist der Zweck nicht bloss eine rückwärtsgekehrte

im Drange der Not und bei einigem guten Willen aus der Analogie machen kann, wenn er einen Blick in unsere Lehrbücher tun wollte.“ Freilich tadelt Paul Müller nicht das Verfahren der Rechtswissenschaft; er wirft ihr nur vor, für einen klaren, richtigen Begriff einen falschen Namen gewählt zu haben Er sagt: „Setzen wir statt Rechtsanalogie volle intellektuelle Rechtskonsequenz und jedermann wird einräumen, dass diese Bezeichnung die richtige ist. Oder sollte es unter den Juristen Leute geben, die da behaupteten, dass auf dem Gebiete des juristischen Denkens und Erkennens nicht alle Formen, welche der Natur des menschlichen Denk- und Erkenntnisvermögens eigentümlich sind, Anwendung finden dürften?“ — Ich muss zugeben, dass ich Paul Müller hier nicht verstehe; ich vermag keine anderen Denkformen zu finden, deren sich der Jurist bedienen könnte, um Lücken des positiven Rechts zu ergänzen, als Induktion und Analogie

Kausalbetrachtung, sonderu zugleich die vorwärtsgerichtete Bedingung des Geschehens.“ Ist dem aber so, so sind wir auch berechtigt, nnter allen den Rechtstatsachen, welche sich auf einen bestimmten Zweck zurückführen lassen, einen gesetzmässigen Kausalzusammenhang anzunehmen.

Die Zweckvorstellnng kann eine bewusste sein, sie ist es wohl überall da, wo sich ein Rechtssatz auf die utilitas constituentinm znrückführen lässt; hier ist der bewusst gesetzte Zweck die Quelle der Norm; die Zweckvorstellung muss aber nicht eine bewnsste sein, es genügt, dass sie instinktiv empfunden wird.

Jhering gibt die Möglichkeit zu, „dass der Gesetzgeber ein Prinzip gehabt und angewandt hat, ohne dasselbe als solches bewusst erkannt nnd ausgesprochen zu haben.“ — „Die Geschichte“, führt Jhering weiter aus (Geist Bd. 3 S. 353), „lehrt nns, dass dies nicht bloss nichts Seltenes, sondern sogar der gewöhnliche Fall ist, nnd nmsoweniger kann diese Tatsache bei dem Gesetzgeber befremden, als auch die Jurisprudenz sich nicht selten ganz in demselben Falle befindet; auch bei ihr ist das Gefühl des Richtigen der Erkenntnis regelmässig weit voraus. So wird es möglich, dass ein Prinzip des Rechtes, bevor es in seiner wahren Gestalt erkannt und ausgesprochen wird, praktisch sich schon längst behauptet, ja es dann vielleicht bereits seine Geltung wieder eingebüsst hat. Die einzelnen Rechtssätze, in denen der Gesetzgeber unbewusst ein Prinzip zur Anwendnng bringt, verhalten sich zn letzterem, wie einzelne Punkte in der Kreislinie zum Zentrum. Das Prinzip ist der Pnnkt, den der Gesetzgeber sucht, aber so lange es ihm noch nicht gelungen ist, sich seiner zu bemächtigen, ist er gezwungen, denselben zu umkreisen, ihn mittels einzelner kasuistischer Bestimmungen zu nmschreiben.“

Sucht man sich die von Jhering beobachtete, auf den ersten Blick jedenfalls höchst seltsame Erscheinung zu erklären, so ist dies nicht anders möglich, als dass man als Quelle aller derjenigen Rechtssätze, die sich als Folge ein und desselben Prinzips darstellen, ein nnd dieselbe Kraft annimmt, die den Gesetzgeber bei Anfstellnng jedes einzelnen dieser Rechtssätze leitete. Diese Kraft aber ist die nnbewnsste Vorstellnng des Zwecks, dem alle diese Sätze zu dienen bestimmt sind.

II. Die wichtigsten Gesetze des Vermögensrechts.

I. Das Kausalgesetz.

§ 7.

Das Vermögensrecht hat zwei Zwecke zu erfüllen: im Interesse der Gesellschaft[1]) a) alle gleichschutzwürdigen vermögensrechtlichen Interessen in gleich-

[1]) Die Wohlfahrt der Gesellschaft ist durch die Wohlfahrt der Individuen bedingt; das Individuum kann aber nur dann alle seine Kräfte zur vollen Entwicklung bringen, wenn ihm bez. Erwerb und Genuss der materiellen Lebensgüter die grösstmöglichste Sicherheit gewährleistet ist. Aber die Wohlfahrt der Gesellschaft selbst ist und muss der vornehmste Zweck der ganzen Rechtsordnung bleiben; entsteht daher zwischen den Interessen der Gesellschaft und der Individuen eine Kollision, so verdient das Gesellschaftsinteresse den Vorzug; das Individualinteresse muss zurücktreten, soweit es das Gesellschaftsinteresse unbedingt erfordert, jedoch auch, und zwar wieder im eigensten Interesse der Gesellschaft, nicht weiter. Mit Recht stellt daher das Reichsgericht (Bd. 41 S. 191, 192) ganz allgemein den Grundsatz auf: „dass, soweit aus Gründen des allgemeinen Wohles Privatrechte geschädigt und beseitigt werden, der eingreifende Staat Entschädigung zu leisten hat; und soll es für den Ersatzanspruch keinen Unterschied begründen, ob der Eingriff in wohlerworbene Rechte durch die Gesetzgebung oder durch Verwaltungsmassregeln erfolgt ist“ (cf. auch §§ 74, 75 E. z. ALR.; RGE. Bd. 41 S. 142; Bd. 16 S. 159; Regelsberger, Pand. I § 113 N. 15, Dernburg, Pand. I § 72 N. 7). Ist die Gewährung eines Entschädigungsanspruchs mit dem Gesellschaftsinteresse unvereinbar — dies dürfte nicht zutreffen hinsichtlich des Ersatzes des dem unschuldig Verurteilten und unschuldig in Untersuchungshaft genommenen entstandenen Vermögensschadens —, so kann ein solcher natürlich nicht anerkannt werden. Wenn aber das Oberlandesgericht zu Kiel den Satz aufstellt (Seuff. Arch. Bd. 41 N. 111): „Der Staat ist hinsichtlich solcher Handlungen, welche er kraft seiner Staatshoheit vornimmt, dem Privatrecht nicht unterworfen,“ so übersieht es dabei, dass die ganze Rechtsordnung ohne Unterschied im letzten Grunde bestimmt ist, dem Interesse der Gesellschaft zu dienen, dass daher die Zwecke, welche die Gesellschaft mittels des Privatrechtes anstrebt, solange erfüllt werden müssen, als nicht aus besonderen Gründen ihre Beiseitestellung angezeigt erscheint.

mässiger[1]) Weise zu schützen, b) dem Vermögensverkehr, soweit er eine Förderung seitens des Rechtes bedarf, diese Förderung angedeihen zu lassen[2]).

Es lassen sich hiernach alle vermögensrechtlichen Normen, je nachdem sie dem einen oder anderen Zwecke dienen, als Sicherungs- oder Förderungsnormen bezeichnen. So stellt sich der Satz, dass der, welcher irrtümlich eine Nichtschuld gezahlt hat, das Gezahlte zurückfordern kann, als Sicherungsnorm, dagegen der Satz, dass die durch Stipulation erfolgte

---

[1]) Die Gesellschaft setzt das Recht nicht für die Individuen, sondern für sich, aber sie gewährt dem Individuum Rechtsschutz, und zwar gleichmässigen, weil dies ihr Interesse erheischt. Cf. Jhering, Zweck I S. 369: „Nicht darum wollen wir im Recht die Gleichheit, weil sie an sich etwas Erstrebenswertes wäre — denn das ist sie keineswegs, und es ist dafür gesorgt, dass neben aller Gleichheit des Rechts aus tausend Quellen wiederum die Ungleichheit hervordringt —, sondern darum wollen wir sie, weil sie die Bedingung des Wohles der Gesellschaft ist."

Früher stellte man das Moment der Gerechtigkeit der Rechtsordnung in den Vordergrund; heute stellt die herrschende Lehre derselben die Doppelaufgabe, gerecht und zweckmässig zu sein. Kann man sich aber überhaupt eine Rechtsordnung vorstellen, die zweckmässig ist, ohne zugleich gerecht zu sein? Zweckmässig ist eben nur ein Recht, das Rechte und Pflichten in gleichmässiger Weise, d. h. in gerechter Weise verteilt. Die Sklaverei ist zweifellos eine „menschenunwürdige" und ungerechte Einrichtung, sie dürfte sich aber auch nicht als ein geeignetes Mittel zur Förderung der Wohlfahrt der Gesellschaft erwiesen haben. Wundt (Logik III S. 553) rechnet Jhering zu den Schriftstellern, die seiner Ansicht nach zu Unrecht „die Zweckmässigkeit als das entscheidende Moment des Rechts betonen." In welchem Verhältnis aber Zweckmässigkeit und Gerechtigkeit nach der Auffassung Jherings stehen, erkennt man am besten aus folgender Bemerkung desselben (Geist III § 41 N. 506a): „Über dem bloss Formalen der juristischen Logik steht als Höheres und Höchstes die substantielle Idee der Gerechtigkeit und Sittlichkeit, und eine Vertiefung in sie, d. h. wie sie in den einzelnen Rechtsinstituten und Rechtssätzen zum Ausdruck und zur Verwirklichung gelangt, ist nach meinem Dafürhalten die schönste und erhabenste Aufgabe, welche die Wissenschaft sich stellen kann. Mein Werk: „Der Zweck im Recht" ist der Lösung dieser Aufgabe gewidmet."

[2]) Jhering bezeichnet als Zweck des Rechts im allgemeinen: „die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft" (Zweck I S. 443); Janka: „die Realisierung — Sicherung, Beförderung — des menschlichen Wohles, zu oberst des Wohles der Gesamtheit, der Rechtsgenossenschaft" (Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes S. 195).

Willenseinigung die Kontrahenten an ihr Versprechen bindet, als Förderungsnorm dar.

Da eine wahre Förderung des Verkehrs ohne Sicherheit desselben nicht erreicht werden kann, so müssen bei einer Kollision zwischen Sicherungs- und Förderungsnormen die letzteren stets vor den ersteren zurücktreten. Verspreche ich irrtümlich eine Nichtschuld, so muss mir das Recht eingeräumt werden, die Bindung meines Willens rückgängig zu machen.

Der Förderungszweck ist niemals die einzige Quelle der Förderungsnormen. Soll eine derartige Norm zur Entstehung gelangen, so müssen zunächst die Bedürfnisse [1]) des Wirtschaftsverkehrs eine solche erheischen. Die Anerkennung der eigentümlichen bindenden Kraft des Wechselversprechens würde im alten Rom zur Zeit der XII Tafeln gar keinen Sinn gehabt haben; ebensowenig die Anerkennung der Emphyteusis als eines Sachenrechts. Tritt aber ein derartiges Bedürfnis erst lebhaft hervor, so spottet schliesslich seine schöpferische Kraft allen noch so fest eingewurzelten theoretischen Vorurteilen. Den Römern erschien die direkte Stellvertretung durch eine freie Person als ein Unding, wir könnten uns heute die Welt ohne dieselbe gar nicht mehr vorstellen.

Weil nun aber der Förderungszweck nicht die einzige Quelle dieser Normen bildet, zu demselben vielmehr als weiterer Faktor das je nach Zeit und Ort schwankende wirtschaftliche Bedürfnis treten muss, so besteht zwischen ihnen, wenn ihnen auch eine Ursache gemeinsam ist, kein Kausalzusammenhang. Innerhalb dieser Gruppe von Normen ist mithin jede Analogie ausgeschlossen. Verleiht ein positives Recht dem Kauf bindende Kraft, so kann hieraus nicht per analogiam der Satz hergeleitet werden, dass auch der Tausch bindende Kraft haben muss. Legt ein Recht dem Kauf, der Miete, dem Gesellschaftsvertrage, dem Auftrage bindende Kraft bei, so ist man um deswillen

[1]) Cf. Gareis, Rechts-Encyklopädie und Methodologie § 7, III — Die Frage, ob ein solches Bedürfnis vorliegt und wie es zu befriedigen ist, gehört nicht zur Kompetenz des Juristen (cf. dazu Windscheid, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft, Rektoratsrede S. 14, 15); er hat nur zu überwachen, dass den Schutznormen der Vorrang vor der neu entstehenden Förderungsnorm gewahrt wird.

nicht berechtigt, „den unfertigen Gedanken des Gesetzgebers ausdenkend" den Grundsatz aufzustellen, dass überhaupt die Verträge, wenn nur ein vermögenswertes Interesse vorliegt, bindende Kraft haben.

Ausgeschlossen ist es nicht, dass der Gesetzgeber innerhalb einer bestimmten Gruppe von Förderungsnormen bei Formulierung derselben bestimmte Regeln beobachtet, ohne dieselben irgendwo ausdrücklich auszusprechen; es ist dann gewiss Recht und Pflicht der Wissenschaft, diese Regeln festzustellen; aber will sie nicht zu einem Missbrauch derselben Veranlassung geben, so muss sie dieselben als das bezeichnen, was sie sind, nämlich als Maximen, d. h. als Leitsätze, die der Gesetzgeber im Interesse des ebenmässigen Aufbaues der fraglichen Materie bei Aufstellung der einzelnen Normen befolgt hat, nicht aber als Prinzipien, d. h. als Grundsätze, die der Gesetzgeber mittelbar durch Aufstellung der einzelnen positiven Normen sanktioniert hat, die also auch da anzuwenden sind, wo eine besondere Einzelnorm fehlt.

Die Lehre vom Grundbuchrecht zeichnet sich ganz besonders durch einen grossen Reichtum von sogenannten Prinzipien aus, die diesen Namen gar nicht verdienen; in stolzer Reihe treten da auf: das Antragsprinzip, das Eintragungsprinzip, das materielle Konsensprinzip, das formelle Konsensprinzip, das Auflassungsprinzip, das Legalitätsprinzip, das Prinzip der festen Priorität, das Publizitätsprinzip u. a. m. Ich vermag höchstens die beiden letzteren Prinzipien als solche anzuerkennen; den übrigen sollte man in vorsichtigerer Weise nach dem Vorgange der Zivilprozessualisten den bescheideneren und angemesseneren Namen Maxime beilegen. Es würde so der Fehler vermieden, diese Regeln auch da anzuwenden, wo es der Gesetzgeber selbst nicht tut. Gäbe es ein Eintragungsprinzip, dann hätte allerdings Endemann[1]) Recht, der auf Grund desselben im Falle des § 1287 Satz 2 BGB. zur Entstehung der dort vorgesehenen Sicherheitshypothek die Eintragung derselben im

[1]) Lehrbuch d. BR. 2. Bd. § 59 N. 23. End. stellt auch im Falle des § 1075 das Erfordernis der Eintragung des Niessbrauchs auf, hierfür stützt er sich auf die Protokolle, cf. a. a. O. N. 9.

Grundbuche verlangt. Ein solches Prinzip besteht aber nicht; es könnte nur dann bestehen, wenn es der Gesetzgeber irgendwo expressim aufgestellt hätte.

In einem weit engerem Verhältnis als die Förderungsnormen zum Förderungszwecke stehen die Schutznormen zum Schutzzwecke.

Auch der Schutzzweck kann sich naturgemäss nicht betätigen, solange ein Schutzbedürfnis nicht vorliegt. In der Gesetzgebung eines Landes, in dem niemals ein Gegenstand entwendet worden ist, wird schwerlich eine condictio furtiva zu finden sein. Auch das Fallgesetz kann sich nicht verwirklichen an einem Steine, der auf der Erde liegt; ich muss denselben erst in die Höhe heben; aber der Stein fällt nicht, weil ich ihn in die Höhe gehoben und dann losgelassen habe; die freie Lage, in den ich denselben brachte, bildet nur die Bedingung der Wirksamkeit des Fallgesetzes. Die Anziehungskraft der Erde ist die einzige Ursache, die das Fallen zur Folge hat und Richtung und Geschwindigkeit des Fallens bestimmt.

In gleicher Weise wohnt auch dem Schutzzweck für sich allein die Kraft inne, die Schutznormen zu erzeugen; hier bedarf es keines weiteren Faktors. Soweit daher diese Normen auf den Schutzzweck als ihre einzige Ursache zurückgeführt werden können, besteht zwischen denselben ein gesetzmässiger Zusammenhang. Aber wie möglicherweise auf das Fallen eines in freier Lage befindlichen Steines gleichzeitig mehrere Kräfte einwirken können, wenn ich z. B. denselben zur Seite werfe, so können auch bei der Bildung einer Schutznorm verschiedene Einflüsse wirksam gewesen sein. Da wo eine Schutznorm in Frage steht, ist selbstredend der Einfluss des Schutzzwecks stets vorhanden, wenn aber eine bestimmte Norm nicht die diesem Zwecke durchaus adäquate Formulierung erhalten hat, so kann mit Sicherheit auf die störende Wirkung eines weiteren Moments geschlossen werden. Die unbewusste Vorstellung des Schutzzwecks leitet den Gesetzgeber auf Schritt und Tritt, aber nicht mit der Kraft einer zwingenden Notwendigkeit. Es steht in seiner Macht, sich hier und da dieser Führung zu entschlagen; er hat die Freiheit, gegen die Gebote seines Rechtsinstinktes zu handeln; er wird dies stets dann tun, wenn

andere Motive lebhafter auf ihn einwirken, als sein Rechtsinstinkt; es kann daher gar nicht erwartet werden, dass, wie Savigny dies anzunehmen scheint (System I § 7), die gesetzmässige Entwicklung des Rechtes von störenden Einwirkungen individueller Willkür vollkommen frei ist, sie ist aber auf der anderen Seite um deswillen nicht zu leugnen.

Die Geschichte des römischen Rechtes lehrt, dass in den Anfängen fremde singuläre Einflüsse das Übergewicht hatten. So lässt zunächst der kurzsichtige Egoismus der herrschenden Klasse den politisch minderstarken nicht den gleichmässigen Schutz angedeihen. Wahrscheinlich aus religiösen Gründen hielt man sehr lange an dem Satze fest, dass man sein Wort, das man einmal in formell gültiger Weise gegeben, auch unbedingt einlösen müsse. „Ein Wort, ein Mann", hiess es im römischen wie im germanischen Rechte. Wer sich durch List oder Bedrohung zu einem Versprechen bestimmen liess, dem half man nicht. Aber mit dem weiteren Fortschreiten änderte sich das Verhältnis zwischen den Einwirkungen singulärer Einflüsse und der gesetzmässigen Entwicklung. Immer klarer tritt der Plan, nach dem die Umgestaltung des Urrechts und der Aufbau des neuen Rechts erfolgt, zu Tage. Das Ziel ist: im Interesse der Gesellschaft alle gleichschutzwürdigen Interessen in gleichmässiger Weise zu schützen [1]). Schon fast alle Veränderungen und Neuerungen, die der Prätor in dem Vermögensrecht einführt, lassen sich auf dieses historische Kausalgesetz zurückführen. Nicht leicht ist es, unter den Rechtssätzen, welche die grossen Juristen aufgestellt oder wenigstens mit ihrem Plazet versehen haben, solche zu finden, die nicht aus diesem Gesetz hergeleitet werden können. Freilich sie konnten Sätze, die sich durch eine jahrhundertelange Übung einmal festgesetzt hatten, nicht beseitigen; vor allem konnten sie auch

[1]) Aus der Beobachtung des in seiner Abhandlung „Das Schuldmoment" zusammengetragenen Tatsachenmaterials hat Jhering „die Überzeugung gewonnen von dem Walten höherer, allgemeiner Gedankenmächte auf dem Gebiete des Rechts, sowie die Anschauung der stillen, geräuschlosen Arbeit der Ideen, die unmerklich und vielleicht dem Werkzeuge selber unbewusst Atom zu Atom hinzufügend sich über Jahrhunderte und Jahrtausende hinzieht, bis das Werk vollbracht ist . . ." (S. 67).

nicht die dingliche Wirkung der Sachenrechte aus der Welt schaffen, die unglücklichste Institution des ganzen römischen Vermögensrechtes. Derartigen uralten Normen wohnt eine ausserordentliche Widerstandskraft inne. Sie sind da, weil sie immer da waren. Ihr Fortbestehungsgrund liegt auf der Hand, es ist das historische Trägheitsgesetz[1]) (cf. oben S. 42) oder Rückständigkeitsgesetz; vergeblich forscht man aber oft nach ihrem Entstehungsgrunde: Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest (l. 20 D. 1, 3). Das ganze Vermögensschutzrecht[2]) lässt sich auf dieses Rückständigkeitsgesetz, auf den Einfluss der Freiheit des Handelns, sowie auf unser Kausalgesetz[3]) zurückführen.

Aber wo die Klassiker nicht auf solche unüberwindliche Hemmnisse stiessen, gaben sie dem Vermögensrecht, indem sie sich ausschliesslich von dem Kausalgesetze desselben leiten liessen, das sich in ihrem Rechtsinstinkte offenbarte, diejenige Gestalt, die die Bewunderung aller Zeiten herausgefordert hat, nämlich die zweckmässige.

---

[1]) Meine Bedenken, an dem Ausdruck Trägheitsgesetz festzuhalten, habe ich aufgegeben, nachdem ich gesehen, dass sich auch Jhering desselben bedient (Besitzw. S. 395).

[2]) Sobald die Gesellschaft den Individualvermögensschutz als eine ihrer Aufgaben anerkennt, enthält die Rechtsordnung alle nur denkbaren Schutznormen, wenigstens im latenten Zustande. Sie brauchen nicht mehr gesetzt zu werden, sie werden gefunden (cf. oben S. 4). Anders die Förderungsnormen; sie entstehen erst dann, wenn die Gesellschaft erkennt, dass ein bestimmtes wirtschaftliches Bedürfnis eines bestimmten Rechtssatzes bedarf, sei es durch Ausspruch des Gesetzgebers, sei es durch Bildung eines Gewohnheitsrechtes. Der auslegende Jurist kann daher niemals Förderungsnormen zur Anwendung bringen, die sich nicht auf einen positiven Satz der Rechtsordnung zurückführen lassen. Solange letztere nicht ausdrücklich den Satz aufstellt, dass einseitige Versprechen bindende Kraft haben, existiert dieselbe nicht. Dies gegen Geny (Méthode d' interprétation S. 534). Den römischen klassischen Juristen verdanken wir fast das ganze Schutznormenrecht, eine Förderungsnorm haben sie kaum aufgestellt. Das römische Schutzrecht wird der Hauptsache nach für alle Zeiten mustergültig sein; ihr Förderungsrecht entsprach ihrem Wirtschaftsverkehr; wir können mit demselben nicht auskommen.

[3]) Nicht zum mindesten der Wirksamkeit dieses Kausalgesetzes verdankt offenbar der Glaube an ein Naturrecht seinen Ursprung.

Sache der Theorie des Vermögensrechtes ist es, durch generalisierende Abstraktion aus den einzelnen Sätzen des römischen Rechtes die Formel dieses Gesetzes zu entwickeln, um so dem modernen Gesetzgeber, dem das sichere Rechtsgefühl der Römer fehlt, ein Mittel an die Hand zu geben, das ganze Schutzvermögensrecht so auszugestalten, dass es seinen obersten Zweck allüberall erfüllt, dass es nicht nur ein formelles Recht ist, das zur Lösung jeder Interessenkollision irgend eine Entscheidung zur Verfügung stellt, dass es vielmehr in jeder Beziehung ein billiges Recht ist, aus dessen Normen sich die einzige, dem obersten Zwecke desselben entsprechende Lösung ergibt. Solange ius und aequitas nicht identisch sind, ist die Rechtsordnung keine ideale, ist ein Fortschritt denkbar; er muss deshalb gemacht werden. Soll aber dieser Fortschritt erzielt werden, soll es gelingen, „durch das römische Recht über das römische Recht hinaus" zu kommen, so genügt es nicht, dass die Wissenschaft forscht und lehrt, wie das Recht der Römer war, — das musste natürlich zuerst erkannt werden — sie muss vor allem zu erkennen streben, warum es so war[1]).

Jedes Vermögen bedarf einmal des Schutzes gegen Einwirkungen von aussen, mit denen der Verfügungsberechtigte nicht einverstanden ist. Diesem Schutzbedürfnis trägt die Rechtsordnung durch verschiedene Mittel Rechnung: das öffentliche Recht durch Androhung von Strafen und durch polizeiliche Präventivmassregeln, das Vermögensrecht durch Aufstellung von Pflichtnormen, an deren Übertretung es die Haftung für den etwa entstandenen Schaden knüpft. Ein Schutzbedürfnis entsteht ferner dann, wenn ein Vermögen, ohne dass von einer anderen Person eine Pflicht verletzt wird, eine von dem Verfügungsberechtigten nicht gewollte (nicht beabsichtigte) Verminderung (oder Änderung) erfahren hat, wenn entweder hierdurch ein anderes Vermögen bereichert (oder verändert) worden ist, oder diese Verminderung nicht von diesem Vermögen, sondern

[1]) Über den Grund der Rechtssätze vgl. E. J. Bekker, Ernst und Scherz S. 144 ff.

von einem anderen zu tragen war[1]). Das Vermögensrecht befriedigt dieses Schutzbedürfnis dadurch, dass es dem beeinträchtigten Vermögen gegen das andere einen Anspruch auf Ausgleichung gewährt.

Wir werden im folgenden zu untersuchen haben, welche besonderen Voraussetzungen neben dem Schutzbedürfnisse, sei es positive, sei es negative, sich aus unserem Kausalgesetz für diese Pflichtnormen und den Ausgleichnngsanspruch ergeben.

2. Das Verschuldungsprinzip.

Ohne Schnld keine Verpflichtung zum Schadensersatz (Jhering, Schuldmoment S. 40).

a) Die Pflichtnormen.

§ 8.

Ist irgend ein Vermögen von einem unvermeidbaren Schaden betroffen worden, so muss diesen Nachteil der Vermögensinhaber tragen. So verstanden ist der Satz: „casus sentit dominus" durchaus zutreffend. Er ergibt sich mit Notwendigkeit aus unserem Kausalgesetz.

Ist der oberste Zweck des Vermögensrechts, alle gleich schutzwürdigen vermögensrechtlichen Interessen in gleichmässiger Weise zu schützen, so darf der Schaden, den ein Vermögen irgendwie erlitten hat, nicht auf ein anderes abgewälzt werden,

[1]) Ans dem Kansalgesetze dürften sich hiernach ausser den im folgenden zunächst zu behandelnden Pflichtnormen zwei wichtige Grundsätze ergeben, die ich vorläufig in folgender Weise formulieren möchte: a) Wird ein Vermögen durch irgend eine Tatsache vermindert oder geändert, und war die Verminderung oder Änderung nicht von dem Verfügungsberechtigten — es ist dies nicht notwendig der Vermögensinhaber, es kann ein Vermögensverwalter sein, der nicht gleichzeitig der Inhaber ist, ein gesetzlicher Vertreter, der Konkursverwalter, der Testamentsvollstrecker etc., ja sogar der Erblasser, er hat das Verfügungsrecht über das im Vermögen seiner Erben befindliche Anwartschaftsrecht, — gewollt (beabsichtigt), so ist dem Inhaber des verminderten oder geänderten Vermögens ein Anspruch auf Wiederherstellung zu geben, insoweit dies ohne Verletzung eines gleichschutzwürdigen Vermögens möglich ist. b) Erfolgt im Interesse eines Vermögens eine Aufopferung (Ausgabe) auf Kosten eines anderen Vermögens, so hat jenes diesem Ersatz zu leisten (cf. unten § 28).

solange für eine derartige Übertragung nicht zwingende Gründe sprechen. — Schwierigkeiten bereitet nur häufig die hier nicht interessierende Frage, in wessen Vermögen sich ein von einem schädigenden Ereignis getroffener Gegenstand befand.

Die angeführte Rechtsregel ist somit nicht „unbrauchbar und in ihrer Allgemeinheit ungültig" (Windsch. § 264 N. 5); ihre Richtigkeit scheint mir vielmehr evident zu sein. Freilich, identifiziert man den Eigentümer mit dem Vermögensinhaber, was die Römer offenbar theoretisch selbst getan haben, so wird man notwendigerweise gezwungen, diese schier selbstverständliche Rechtsregel zu verwerfen; aber ich meine, dies nach formeller Logik durchaus richtige Resultat dürfte nur die Bedeutung für den denkenden Juristen haben, ihn zu veranlassen, seine Auffassung der Eigentumsidee einer Revision zu unterziehen.

Handelt es sich um einen vermeidbaren Schaden, so kommt in Frage, ob der, welcher ihn vermeiden konnte, auch vermeiden sollte, so dass ihn eventuell die Pflicht trifft, dem Geschädigten Ersatz zu leisten. Möglich ist nun, dass sowohl der Dritte, welcher durch sein Verhalten die Gefahr herbeigeführt hat, als auch der Vermögensinhaber selbst in der Lage sind, den Schaden zu vermeiden. In einem derartigen Falle muss grundsätzlich, wenn nicht aus besonderen Umständen eine andere Regelung angezeigt erscheint, dem Vermögensinhaber zwar nicht ausschliesslich, aber in erster Linie die Pflicht [1]) auferlegt werden, dem Schaden vorzubeugen: denn nur insoweit erscheint es mit Rücksicht auf das Prinzip der Gleichmässigkeit des Schutzes gerechtfertigt, dritte Personen mit der Schutzpflicht zu belasten, als dies unumgänglich notwendig ist.

Es ergeben sich aus diesem Grundsatze eine Reihe wichtiger Rechtssätze; da jedoch die Fürsorgepflicht des Vermögensinhabers nur dann rechtliche Bedeutung gewinnt, wenn sie mit der Haftpflicht dritter Personen in Konkurrenz tritt, so empfiehlt es sich, in eine Untersuchung der Folgen dieses Grundsatzes erst einzutreten, nachdem festgestellt ist, unter welchen Voraus-

[1]) von Liszt, Deliktsobligationen S. 84, scheint diese Pflicht des Vermögensinhabers nur als eine sittliche anerkennen zu wollen, und de lege ferenda nicht geneigt zu sein, an dieselbe Rechtsfolgen zu knüpfen.

setzungen die dritten Personen ohne Rücksicht anf konkurrierendes Verschulden des Vermögensinhabers znr Vermeidung einer Schädigung seines Vermögens verpflichtet sind.

§ 9.

Der Schntzzweck erfordert, dass jedes Vermögen insoweit geschützt wird, als dies ohne Beeinträchtigung gleichwertiger Interessen möglich ist. Es ist daher, soweit eine Interessenkollision nicht in Frage steht, jeder Person nicht nur die Pflicht aufzuerlegen, absichtlich fremdes Vermögen nicht zu beeinträchtigen, sondern sich auch jeder fahrlässigen nnbefugten Einwirkung anf fremdes Gut zn enthalten. Das römische Recht ist nach diesem Grundsatze verfahren. Vergeblich wird man in dem ganzen uns überlieferten Quellenmaterial nach einer Entscheidung suchen, in der die klassischen Juristen um deswillen einen Anspruch versagt hätten, weil nur cnlpa, nicht dolus vorliege.

Die Rechtsentwickelung wird eine Zeit gekannt haben, in welcher man nnr dann wegen Verschulden haftete, wenn Wort für Wort der Tatbestand der lex Aqnilia gegeben war; aber dies Gesetz war eine „lex iusta ac necessaria" (l. 11 D. 19, 5), das einem höheren, allgemeine Anwendung erfordernden Prinzip Ausdruck verliehen hatte. Die Römer selbst sind daher bei seinem Wortlaut nicht stehen geblieben. Zunächst griff man zu gewagten Wortinterpretationen, um das Anwendungsgebiet dieses Gesetzes über seine ursprünglichen Schranken hinaus wenigstens einigermassen zu erweitern; eine höher entwickelte Jurisprudenz verzichtete auf dergleichen Kunststücke und liess unbedenklich ein Merkmal nach dem andern fallen, das dem Verschuldungsprinzip nicht selbst eigen ist. Man ging schliesslich so weit, da noch eine actio legis Aquiliae zn geben, wo der Vermögensschaden in dem Verlust eines selbst nicht beschädigten Gegenstandes bestand.

Darüber hinaus wagte man allerdings nicht in der Ausdehnung des Anwendungsgebietes der lex Aquilia zu gehen, auch nicht mittelst einer actio utilis; das Merkmal, dass die Schadenszufügung einen körperlichen Gegenstand betreffen

müsse, als den man zur Not den Körper eines freien Menschen betrachten konnte, mochte man nicht fallen lassen.

Aber verzichtete man deswegen darauf, das Verschuldungsprinzip, wo irgendwie sein Tatbestand gegeben war, zur Anwendung zu bringen? Konnte man die Hände in den Schoss legen, wenn der Vermögensschaden in der Vernichtung einer res incorporalis bestand?

Es ist interessant zu sehen, wie man sich half, wenn eine Obligation dadurch untergegangen war, dass der Leistungsgegenstand schuldhafterweise vernichtet wurde. Dass der Täter haften sollte, darüber herrschte kein Streit, aber wie die Haftung zu konstruieren sei, darüber ist man sich niemals einig geworden.

Am besten können wir den Widerstreit der Meinungen bezüglich der Beantwortung der Frage beobachten, aus welchem Gesichtspunkte der fideiussor dem Gläubiger haften sollte, der den geschuldeten Sklaven oder das geschuldete Tier tötete. Darüber herrschte kein Zweifel, dass durch Vernichtung des Leistungsgegenstandes die Hauptschuld und mit ihr die Bürgschaftsschuld unterging. Papinian griff zur actio de dolo; l. 19 D. 4, 3 sagt er: Si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Iulianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur. Vor ihm, und wie es scheint, ebenfalls in Übereinstimmung mit Julian, lehrt African, dass in einem solchen Falle die in integrum restitutio zu erteilen sei: sed hoc casu in ipsum fideiussorem ex edicto actionem restitui debere, quemadmodum in eum fideiussorem, qui hominem promissum occidit (l. 38 § 4 D. 46, 3); es entspricht diese Entscheidung der uns von Marcellus überlieferten Maxime: Et boni praetoris est, potius restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, quum remedio locus esse non potest. Pomponius, ein Zeitgenosse des African, liess den fideiussor haften, indem er die constitutio der veteres: ‚quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem‘ auf ihn anwendete; er gibt deshalb ohne weiteres die Klage aus der Stipulation. Ihm folgt Paulus (l. 91 § 4 und l. 88 D. 45, 1).

Aber auch diese Konstruktion scheint keinen allgemeinen Beifall gefunden zu haben, denn Marcian wagt in l. 32 § 5 D. 22, 1 nur eine actio utilis zu geben [1]).

Diese Behandlung der Bürgschaftsschuld beweist einmal, dass es den Römern als eine Rechtsnotwendigkeit erschien, da, wo der Tatbestand des Verschuldungsprinzips gegeben war, einen Anspruch zu gewähren — um diesen Zweck zu erreichen, wird jedes nur denkbare Mittel versucht —; sodann aber zeigt sie uns, dass wir aus dem Umstand, dass beim Vorliegen von dolus die actio de dolo gegeben wird, nicht schliessen können, dass damit die Grenze der Haftung bezeichnet sein soll, d. h. beim Vorliegen von culpa keine Klage gewährt werden würde. Wo dolus in Frage steht, lässt man es bei der actio de dolo bewenden; die Formel des Edikts: ‚si de his rebus alia actio non erit' zwang keineswegs da der actio de dolo aus dem Wege zu gehen, wo man dasselbe mit einer restitutio in integrum, einer Fiktion, einer actio utilis oder einer actio in factum erreichen konnte. Hatte der Schuldner den Sklaven selbst getötet, und zwar doloser Weise, so gab Ulpian, si non erat cautum de dolo, die actio de dolo; hieraus können wir aber nicht folgern, dass er bei culposer Tötung keinen Anspruch gewährt haben würde, nachdem schon Pomponius bei culposer Tötung seitens des Bürgen diesen hatte haften lassen (l. 91 § 4 D. 45, 1); auch hier begründet Paulus wieder die Haftung des Stipulationsschuldners mit der constitutio der veteres: ‚quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem'.

Verpflichtet sich jemand zu einer **subjektiv** unmöglichen Leistung trotz Kenntnis der Unmöglichkeit, so gab man bei den altanerkannten Kontrakten ohne weiteres die Kontraktsklage, bei den Innominatrealkontrakten liess man es dagegen im Fall des dolus bei der actio de dolo bewenden; jedoch hatte dies auch nicht die Bedeutung, dass man Haftung nur im Falle eines dolus in contrahendo, nicht auch im Falle einer culpa in contrahendo eintreten lassen wollte; lag nur letztere vor, dann musste die actio in factum (civilis?) aushelfen (cf. l. 5 § 2

[1]) Cf. hiermit die Darstellung Windscheids (§ 477 N. 19), die auf das Alter der in Frage kommenden Juristen keine Rücksicht zu nehmen scheint.

D. 19, 5). Zweifellos gewähren aber hier Julian und Paulus nicht letztere Klage, weil etwa die Haftung wegen Eviktion schon aus dem Kontraktsverhältnis folgt; denn dann wäre dieselbe auch bei dolus begründet gewesen und hätte sie dann die Klausel des Edikts: si alia actio non erit, verhindert, die actio de dolo zuzulassen. Die Sache verhält sich vielmehr hier so, dass die actio in factum civilis noch nach der actio de dolo als ultimum refugium herhalten muss, um dem durch das Verschuldungsprinzip materiell postulierten Anspruch den Charakter einer persona legitima standi in judicio verleihen zu können. Solange der Tatbestand der actio de dolo gegeben war, lag keine Veranlassung vor, für derartige Ansprüche neue Klageformeln einzuführen oder sie in bereits anerkannte künstlich hineinzuzwängen; wo aber immer das Verschuldungsprinzip es erforderte, die Grenzen des Rechts der actio de dolo zu überschreiten, da haben sich die römischen Juristen auch keinen Augenblick besonnen.

Handelte es sich um eine objektive Unmöglichkeit, so war bei dolus in contrahendo wieder der Tatbestand der actio de dolo gegeben, und konnte hier noch weniger, als bei der subjektiven Unmöglichkeit die Klausel: si alia actio non erit, ein Hindernis bilden, von dieser Klage Gebrauch zu machen; denn da hier ein Vertrag gar nicht zu Stande kam, war an sich an die Konkurrenz der Kontraktsklage nicht zu denken. Die actio de dolo war daher bei dolus in contrahendo durchaus am Platze (l. 12 D. 18, 4); aber sie konnte wieder nicht ausreichen, wo es sich nur um culpa in contrahendo[1]) handelte; hier nahm man wieder zur Kontraktsklage seine Zuflucht, licet emptio non teneat (l. 62 § 1 D. 18, 1); oder wo man auch dies nicht für angebracht hielt, zu einer actio in factum (l. 8 § 1 D. 11, 7). Auch hier tritt also wieder das Bestreben der römischen Juristen deutlich zu Tage, das Verschuldungsprinzip über die Grenzen des Rechts der actio de dolo zur Anwendung zu bringen.

Mir ist es unverständlich, wie man demgegenüber an der Behauptung festhalten kann, das römische Recht habe wohl

[1]) Cf. unten § 15.

allgemein im Falle der Arglist, nicht aber im Falle einer Schuld das Vermögen geschützt[1]). Was in aller Welt hätte die Römer sonst bestimmen können, das Anwendungsgebiet der lex Aquilia in dem Masse zu erweitern. wie sie es getan haben, wenn sie nicht das Verschuldungsprinzip als eine Rechtsnotwendigkeit empfunden hätten! Wenn sie gleichwohl für die Anwendung der actio legis Aquiliae an dem Merkmal festhielten, dass die Schadenszufügung einen körperlichen Gegenstand betroffen haben musste, so kann dies nur in äusserlichen formellen Gründen ihre Begründung finden, nicht aber in der Absicht, mit dem Verschuldungsprinzip überhaupt nicht weitergehen zu wollen[2]).

§ 10.

Das Vermögensrecht muss jedem Vermögen gegen Einwirkungen, mit denen der Verfügungsberechtigte nicht einverstanden ist, soweit dies möglich ist, Schutz gewähren. Das Mittel, welches dem Vermögensrecht zur Erreichung dieses Zwecks zur Verfügung steht, ist die Pflichtnorm, dass bei Vermeidung der Haftung für Schadensersatz jedes Verhalten so einzurichten ist, dass durch dasselbe fremdes Vermögen nicht verletzt wird.

Mit Rücksicht auf das Prinzip der Gleichmässigkeit des Schutzes darf aber diese Pflicht, die den, welchem es nicht gelingt, sie zu erfüllen, mit dem periculum culpae belastet, nicht schlechthin allen Persouen auferlegt werden, noch auch

---

[1]) Windscheid § 451; RGE. Bd. 9 S. 163, Bd. 22 S. 209; Denkschrift zum BGB. S. 100. von Liszt a. a. O. S. 5: „Das römische Recht . . . kennt (bekanntlich) den allgemeinen Deliktsbegriff nicht; nnr an genau umschriebene Tatbestände wird der Deliktsanspruch geknüpft". Hoffentlich trägt der Gesamtinhalt meiner Ausführnngen über das Verschuldungsprinzip einigermassen dazu bei, diese Auffassnng zu erschüttern. S. 6 l. c. heisst es bei Liszt weiter: „Es wird nicht behauptet werden können, dass die von ihm beliebte Zersplitterung des einheitlichen Deliktsbegriffs anf einem klar erkannten und bewusst durchgeführten gesetzgeberischen Gedanken beruht". Cf. damit die oben S. 71 wiedergegebenen Ausführungen Jherings. Cf. ferner noch Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlanbten Handlnngen S. 2 nnd 3; Kuhlenbeck, Handkommentar znm BGB. 2. Aufl. I. Bd. S. 670.

[2]) A. M. Jhering, Ges. Aufs. Bd. I S. 347 (Culpa in contrahendo).

kann die Rechtsordnung unbedingt ohne Beachtung der Interessen der in Betracht kommenden Personen auf ihrer Erfüllung bestehen.

Soll der Satz ‚casus sentit dominus' nicht in sein Gegenteil verkehrt werden, so darf zunächst das Recht denjenigen gegenüber seine Pflichtnorm nicht aufrecht erhalten, die aus Gründen, welche in ihrer Person liegen, gar nicht im Stande sind, die mit ihrem Verhalten für fremdes Gut verknüpften Gefahren abzuwenden, somit gar nicht in der Lage sind, diesem Gebote des Rechts Folge zu leisten [1]). Die Römer stellten dementsprechend den Satz auf, dass nur der wegen Verletzung dieser Pflichtnorm haftbar gemacht werden könne, der iniuriae, doli, culpae capax sei. Dies Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit stellt das BGB. in den §§ 827, 828 auf.

Soll aber ferner durch die Pflichtnorm, fremdes Vermögen nicht zu beeinträchtigen, die Handlungsfreiheit der Personen, denen die capacitas culpae nicht fehlt, nicht vollkommen lahmgelegt werden, so darf die Rechtsordnung nicht schlechthin jeden vermeidbaren widerrechtlichen Eingriff verbieten (verpönen), sondern nur insoweit, als es für die betreffende Person ohne Anstrengung erkennbar [2]) ist, dass sie durch ihr

---

[1]) Cf. hierzu Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 71 ff. und die dort Zitierten. (Schuldloses Unrecht). Nach Thon wenden sich die Gebote und Verbote des Rechts auch an die willensunfähigen Personen. Für ihn ergibt sich dies „aus der nie bezweifelten Tatsache: dass die Rechtsordnung Verpflichtungen der Unzurechnungsfähigen kennt.“ Ich möchte indess diese Tatsache bezweifeln, wenn unter Verpflichtung die Pflicht zu einem Verhalten verstanden werden soll. Der Willensunfähige, der nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch wegen Empfang eines Darlehens oder wegen Bereicherung einen Betrag schuldet, ist selbst zu nichts verpflichtet; verpflichtet, besser gesagt belastet ist lediglich sein Vermögen. Gegen dieses, nicht gegen den Willensunfähigen wird der Erfüllungszwang ausgeübt. Ihm persönlich liegt keine Erfüllungspflicht ob und kann keine obliegen. Ich berufe mich in dieser Beziehung auf die eigenen Ausführungen Thons. Des Näheren wird auf diesen Punkt bei Besprechung des Begriffs der Obligation einzugehen sein.

[2]) Planck (Bd. II S. 600) führt in Übereinstimmung mit den Protokollen zur Rechtfertigung der Aufrechterhaltung des Verschuldungsprinzips aus: „Der Einzelne braucht bei seinem Tun und Lassen auf die rechtlich geschützten Interessen der Anderen nur insoweit Rücksicht zu nehmen, als er

Verhalten möglicherweise rechtswidrig auf fremdes Vermögen einwirken werde; das Recht darf also auch nicht erfordern, dass jeder, ehe er irgendwie handelt, zunächst mit Sorgfalt prüft, ob nicht eine Möglichkeit besteht, dass sein Verhalten auf fremdes Vermögen einwirken werde. Die Rücksicht auf die Handlungsfreiheit der dritten Personen gestattet vielmehr nur insoweit diesen die Pflicht aufzuerlegen, die Folgen ihrer Handlungen zu prüfen, als nach Lage der Sache erkannt werden kann, dass die Möglichkeit der Verletzung fremden Vermögens gegeben ist. Es müssen einerseits offensichtliche Umstände vorhanden sein, aus welchen auf eine mögliche Verletzung zu schliessen ist, und es dürfen auf der andern Seite nicht Umstände vorliegen, die zu der Annahme berechtigen, dass die beabsichtigte Handlung (Unterlassung) keine rechtswidrige sei.

Wer auf einem Baume Äste sägt, braucht nicht ohne weiteres zu prüfen, ob nicht die herunterfallenden Äste einen Vorübergehenden verletzen können. Führt unter dem Baume her kein Weg, weder ein öffentlicher, noch ein privater, und hat der Betreffende auch sonst keine besondere Veranlassung, anzunehmen, dass jemand unter dem Baume hergehen werde, so kann nicht von ihm verlangt werden, dass er bei jedem Ast, den er fallen lässt, zunächst zusieht, ob er nicht möglicherweise jemanden verletzen könne. Quodsi nullum iter erit, sagt Paulus l. 31 D. 9, 2, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit (cf. dazu auch l. 28 pr. D. 9, 2)[1].

---

bei Anwendung ordnungsmässiger Sorgfalt erkennen muss, dass dieselben dadurch gefährdet werden können. Wollte man diesen Grundsatz aufgeben, so würde dadurch die Bewegungsfreiheit der Einzelnen übermässig eingeschränkt werden."

Dem Argument, welches Planck für die Aufrechterhaltung des Verschuldungsprinzips ins Feld führt, ist durchaus beizupflichten, nicht aber ist zu billigen, wenn er schon ein Verschulden darin erblickt, wenn jemand infolge Ausserachtlassung ordnungsmässiger Sorgfalt nicht erkannte, dass durch sein Verhalten fremde Interessen gefährdet werden.

[1]) Hätten die Römer das „Prinzip des aktiven Interesses" wenigstens unbewusst zur Anwendung gebracht — Merkel nimmt dies offenbar an, denn er führt z. B. auf dasselbe die Haftung „bei sog. culpa in contrahendo"

Der Bürge, welcher zahlt, soll durch diese Handlung den Schuldner nicht schädigen; eine Schädigung ist dann möglich, wenn er im Namen des Schuldners zahlt, nachdem dieser bereits gezahlt hat; aber er haftet nicht, wenn ihm das Bewusstsein der Möglichkeit der Schädigung des Schuldners mangelte; dies fehlt ihm aber, wenn er keine Kenntnis von der Zahlung des Schuldners erhalten hat (cf. l. 29 § 2 D. 17, 1: si non divinavit). Der Schuldner soll durch die Zahlung den Gläubiger nicht schädigen; dies ist aber möglich, wenn er an eine Person zahlt, die er an sich als Inkassomandatar ansehen darf, die diese Eigenschaft aber nicht mehr hat; er haftet nur, wenn er ohne Anstrengung erkennen konnte, dass das Mandatsverhältnis nicht mehr bestand (cf. l. 11 D. 16, 3: si potuit suspicari).

Der Barbier, der seine Kunden rasiert, braucht nicht ängstlich zu prüfen, ob nicht aus einem Nachbarhaus ein Gegenstand auf das Messer geworfen wird; rasiert er aber seine Kunden an einem gefährlichen Ort, ubi ex consuetudine ludebatur, vel ubi transitus frequens erat, dann muss er ohne weiteres einsehen, dass er dieselben gefährde – est quod ei imputetur (l. 11 pr. D. 9, 2).

Wer ferner einer Verpflichtung nicht nachkommt, da wo er sie erfüllen soll und kann, verletzt fremdes Recht; aber es kann ihm kein Vorwurf daraus gemacht werden, wenn für ihn nicht erkennbar war, dass seine Unterlassung eine Rechtsverletzung involviere. Und nur dann kann ihm ein Vorwurf gemacht werden, wenn er offensichtliche Umstände, aus denen sich das Vorhandensein seiner Verpflichtung ergab, unberücksichtigt liess. Nur wenn der Schuldner weiss oder eine insta causa vorliegt, propter quam intellegere debet, se dare oportere, kann er wegen verzögerter Erfüllung verantwortlich gemacht werden (l. 5 D. 12, 1; cf. auch l. 42 D. 50, 17; l. 13 pr. D. 16, 3).

zurück (Die Kollision rechtmässiger Interessen S. 170) —, so hätten sie bei Verletzung durch Herabwerfen von Ästen seitens des Waldbesitzers oder seiner Leute stets Haftung eintreten lassen müssen; sie haben dies aber nicht getan und würden ebenso auch keinen Jäger haben haften lassen, der tief im Walde, wo er sich ganz allein glaubt, durch einen Schuss jemand verletzt, am allerwenigsten aber, wenn dazu die Flinte par un accident presque impossible à prévoir los ging (cf. Merkel a. a. O. S. 173).

Eine Rechtsverletzung begeht jeder, der in die Rechtssphäre des dominns ohne dessen Einverständnis eingreift, aber nach dem Gesagten keine Pflichtverletzung, wenn er den Umständen nach dessen Einverständnis annehmen durfte; deshalb haftet in diesem Fall trotz des mangelnden Einverständnisses der negotiorum gestor nicht ohne weiteres für den Schaden, der auf seine gestio zurückgeführt werden kann.

Der Kommodatar darf selbstredend die kommodierte Sache nicht in einer andern, als der vereinbarten Weise benutzen; tut er es doch, so verletzt er das Recht des Kommodanten, aber er macht sich nnr einer Pflichtverletzung schnldig (si non debuit), existimare, id dominnm permissurum (l. 77 pr. D. 47, 2).

Also nur dann, wenn der Betreffende wusste oder wissen musste, dass durch sein Verhalten (Handeln oder Unterlassen) möglicherweise eine Rechtsverletzung vernrsacht werden könne, kann von einer Pflichtverletznng desselben die Rede sein[1]); und nur dann hätte er wissen müssen, wenn er sich die Kenntnis ohne besondere Anstrengung verschaffen konnte; nuentschuldbar ist sein Irrtum nur, wenn er auf grobem Verschulden beruht (Windsch. § 79a N. 4). Diese Begrenzung der Haftpflicht dürfte sich aber wohl kaum aus dem Wortlaut des § 823 BGB. ergeben; nach ihm haftet, wer fahrlässig fremdes Recht verletzt; und nach dem BGB. trifft schon den der Vorwurf, dass er hätte wissen müssen, wenn er aus Fahrlässigkeit nicht wusste (§ 122). Man wird aber gleichwohl an diesem Erfordernis der Erkennbarkeit der Möglichkeit einer Rechtsverletzung festhalten müssen und nur eine auf culpa lata beruhende Unkenntnis nnberücksichtigt lassen, will man nicht anders die Haftung aus nnerlaubten Handlungen zu einer vollkommen unerträglichen machen[2]). Nicht zu verwechseln ist jedoch dieses Erfordernis

---

[1]) Cf. hierzn Regelsherger, Pand. § 178, V; v. Liszt a. a. O. S. 58 glauht anch für das Privatrecht den Satz anfrecht erhalten zn müssen: „Dass die irrige Annahme der Berechtigung zu einem Eingriff in fremde Rechtsgüter durchaus einflusslos hleihen mnss, nnd zwar ohne Unterschied des hesonderen Umstandes, auf welchen jene Annahme sich stützt“. Dementsprechend sieht v. Liszt (S. 59) in § 231 BGB. eine „Anwendung des allgemeinen Grnndsatzes auf einen hesonderen Fall“.

[2]) Glücklicherweise gestattet dic Alles nnd Nichts sagende Fassnng

der Erkennbarkeit mit dem der Voraussehbarkeit [1]) des Schadens. Es genügt, dass überhanpt erkannt werden konnte, dass man mit seiner Handlung mit fremdem Vermögen in Berührung kam, bezw. dass man nicht glauben dnrfte, der Eingriff in die fremde Rechtssphäre sei gestattet; schon dann wusste man oder mnsste man wissen, dass eine Verletzung des fremden Rechts möglich war. Das Erfordernis der Voraussehbarkeit spielt an einer ganz anderen Stelle eine Rolle (cf. unten § 14). Wer einem andern einen diebischen Sklaven in Verwahr gibt, von dem er nicht weiss, dass er ein Dieb ist, kann nicht voraussehen, dass er den Depositar bestehlen werde, aber er weiss, dass er durch das Depositum anf das Vermögen des Depositars einwirkt; dieses Bewusstsein genügt; er muss sich sagen, dass er vielleicht durch diese Einwirkung eine Verletzung des fremden Vermögens herbeiführen werde, er mag deshalb die Einwirkung unterlassen, oder auf eigene Gefahr handeln (l. 62 (61) § 5 D. 47, 2) [2]).

Wer das Bewnsstsein hat, oder ohne Anstrengnng sich hätte verschaffen können, befindet sich in mala fide. Die Römer stellen denn auch die mala fides dem dolus und der culpa lata geradezn als Korrelatbegriff gegenüber. L. 68 pr. D. 18, 1 sagt Proculus: existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere, id est non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam culpa. Ulpian drückt den Rechtssatz, dass der heres socii wegen dolus und cnlpa lata haftet, so aus: In heredem autem socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet (l. 35 D. 17, 2; cf. auch l. 11 D. 16, 3: denique Sabinus hoc explicuit addendo: nec ulla causa inter-

des § 276 Abs. 1 Satz 2 der Praxis, stets dasjenige Mass von Sorgfalt zn erfordern, das jeweilig angezeigt erscheint.

[1]) In einer Entscheidnng des Reichsgerichts vom 6. November 1883 (Bd. 10 S. 288), welche den art. 1383 code civil auslegt, werden nnter Hinweis auf l. 31 D. 9, 2 beide Momente nebeneinander berücksichtigt, aber leider der zwischen ihnen bestehende Unterschied nicht weiter gewürdigt. Das Reichsgericht spricht von Voranssehbarkeit des Unfalles einerseits nnd andererseits von dem Bewnsstsein des Verschnldens, welches der Handelnde hat oder haben kann. — Vergleiche anch Zitelmann, Das Recht des BGB. S. 159 2 b nnd c.

[2]) Cf. nnten § 23.

venit, quare putare possit dominum reddi nolle. hoc ita est, si potuit suspicari, iusta scilicet ratione motus: ceterum sufficit bonam fidem adesse[1])[2]).

Man könnte hiernach auch sagen, von einer Verletzung der Pflicht, fremdes Vermögen nicht zu beeinträchtigen, kann nur dann die Rede sein, wenn der Betreffende sich bezüglich der Möglichkeit der Beeinträchtigung in mala fide[3]) befand, d. h. wenn er wusste (dolus) oder wissen musste (culpa lata), dass diese Möglichkeit bestand[4]).

§ 11.

Dem Schutzzweck entsprechend muss die Rechtsordnung an die Pflichtverletzung die Folge knüpfen, dass der Übertreter ihrer Pflichtnorm dem Vermögensinhaber den Schaden zu ersetzen hat, der bei Beobachtung derselben nicht eingetreten sein würde. Dass zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und

---

[1]) Cf. ferner l. 3 § 3 D. 17, 2; l. 35 pr. D. 19, 2; l. 152 § 3 D. 50, 17; l. 29 § 4 D. 17, 1.

[2]) Ich glaube kaum, dass das, was die Römer hier bona fides nennen, etwas anderes ist, als die bona fides, welche in der Lehre von der Ersitzung eine Rolle spielt (cf. l. 9 D. 42, 8; auch § 932, 2 BGB.); doch ist hier nicht der Ort, dies zu untersuchen. Bemerkt sei nur noch, dass sich die Römer des Wortes bona fides noch für einen ganz anderen Begriff bedienten; in Wendungen, wie ‚bona fides non patitur, ut bis idem exigatur‘ bedeutet bona fides dasselbe, wie aequitas, ius aequum et bonum, iustitia, quae suum cuique tribuit.

[3]) Der Handelnde irrt sich nach diesen Ausführungen da, wo es sich um die Prüfung handelt, ob er überhaupt durch seine Handlung auf fremdes Vermögen einwirkt, nicht auf eigene Gefahr (cf. dazu Unger, Handeln auf eigene Gefahr S. 37 ff. und die dort Citierten, Windscheid III § 647 N. 10 und 11); nur wenn die Prüfung der Schädlichkeit einer rein indifferenten Handlung in Frage steht, irrt der Handelnde auf eigene Gefahr; in diesem Falle lässt sich aber auch die Haftung auf eigene Gefahr auf das Verschuldungsprinzip zurückführen (cf. unten § 13).

[4]) Dolus und culpa lata sind also beides Unterarten desselben Begriffs der mala fides; da, wo die Römer sagen: culpa lata dolo proxima est, vergleichen sie diese beiden Unterarten; da, wo sie sagen: culpa lata dolus est, ist dolus identisch mit dem Oberbegriff mala fides. Wer in eigenen Dingen die fragliche Möglichkeit erkannt haben würde, von dem darf man auch annehmen, dass er sie in fremden ohne Anstrengung hätte erkennen können; das besagen: l. 32 D. 16, 3 und l. 23 § 3 D. 36, 1.

dem zu ersetzenden Schaden ein Kausalzusammenhang besteht, ist weder unbedingt erforderlich noch ausreichend. Die Rechtsordnung stellt die Pflichtnorm nicht ihrer selbst willen auf, sondern um dem Schaden vorzubeugen. Wo daher auch bei Beobachtung der Pflichtnorm der Schaden entstanden sein würde, fällt der Zweck der Pflichtnorm fort, und deshalb muss die Pflichtnorm mangels Zwecks selbst fallen. So erklären sich eine Reihe von Entscheidungen der Römer, in denen sie trotz scheinbarer Verletzung der Pflichtnorm keinen Schadensersatzanspruch entstehen lassen. Diese Entscheidungen auf einen Mangel des Kausalzusammenhangs zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und dem entstandenen Schaden zurückzuführen, ist nur dann möglich, wenn man den Begriff des Kausalzusammenhangs geradezu auf den Kopf stellt. Es ist mir ganz unverständlich, wie man auf den Gedanken hat kommen können, den Kausalzusammenhang zwischen dem Nachteil und einer Tatsache, für welche eingestanden werden muss, und auf welche der Nachteil zurückgeführt werden kann, um deswillen zu leugnen, weil es auch möglich ist, den Nachteil auf eine andere Tatsache zurückzuführen, oder gar, weil die Tatsache, welche den Nachteil herbeigeführt hat, „zugleich die Wirkung einer andern Tatsache ausgeschlossen hat, welche, wenn jene erste Tatsache nicht eingetreten wäre, den Nachteil ebenfalls herbeigeführt haben würde“ (cf. Windscheid § 258 N. 15).

§ 12.

Es ist nun möglich, dass ein Verhalten (Handeln oder Unterlassen) selbst eine Rechtsverletzung[1]) enthält, d. h. dass es sich selbst als eine weder durch einen Rechtssatz, noch durch den Verfügungsberechtigten gestattete Verletzung eines rechtlich anerkannten Interesses darstellt. Mit Recht könnte man in diesen Fällen von unerlaubtem Verhalten, von unerlaubten Handlungen sprechen; dagegen konnte man kaum eine verkehrtere Bezeichnung für diejenigen Handlungen finden, die ausserdem geeignet sind, eine Haftung herbeizuführen[2]).

[1]) Cf. hierzu Windscheid § 122.

[2]) Cf. hierzu Bekker Pand. II, § 82 N. h.; Unger, Handeln auf eigene Gefahr S. 146.

Wer einen fremden Gegenstand ohne Einverständnis des Vermögensinhabers benutzt, sei es nun, dass er überhaupt zur Benutzung desselben nicht befugt war, sei es dass er ihn zu einem andern Zwecke benutzt, als dem vertraglich bestimmten (cf. l. 18 pr. D. 13, 6; l. 5 § 7 und 8 eod.), sei es dass er ihn in einer Weise benutzt, die ihm durch den Vertrag untersagt worden war (l. 11 § 1 und 4 D. 19, 2); wer dem dominus die Sache entzieht[1]); wer auf seine Rechtssphäre ohne sein Einverständnis einwirkt (negotiorum gestio); wer da, wo er leisten soll und leisten kann, nicht leistet (mora), — verletzt fremdes Recht; befindet er sich daher im obigen Sinne bezüglich der Rechtsverletzung in mala fide, so macht er sich einer Pflichtverletzung schuldig und hat daher allen Schaden, welcher sich als eine Folge seiner Pflichtverletzung darstellt, zu ersetzen. Das Bewnsstsein der Rechtsverletzung ist nicht erforderlich, es genügt, wenn der Verletzende sich ohne Anstrengung der Verletznng hätte bewnsst werden können.

So erklärt es sich, dass er in allen diesen Fällen, insbesondere auch im Fall der mora[2]) für casus haftet; es ist eben nicht erforderlich, dass zwischen seinem Verhalten (Handeln oder Unterlassen) und dem Schaden Kausalzusammenhang besteht; es genügt, dass festgestellt werden kann, dass der Nachteil bei Beobachtung der Pflichtnorm, also ohne das Verschulden[3]), nicht eingetreten wäre.

[1]) In den Qnellen ist meines Wissens die Haftpflicht für den Fall nicht geregelt, dass jemand ohne alle Befugnis, aber ohne dolns, eine fremde Sache benntzt; sollte aber im Falle der vollkommen nnbefngten Benutzung die Haftnng eine weniger strenge sein, als im Falle der vertragswidrigen Benntznng dnrch einen Commodatar oder Mieter? (cf. Seufferts Archiv Bd. 4 Nr. 48). Die Qnellen schweigen ferner darüber, ob der malae fidei possessor vor der litis contestatio für casns haftet oder nicht (cf. Windsch. § 193 N. 13); ich meine aber, wenn die Jnrisprudenz überhanpt berechtigt nnd verpflichtet ist, sich der Analogie zn bedienen, so ist hier zn entscheiden, dass der malae fidei possessor, wenn er mala fide erwarb — nicht bei mala fides snperveniens — auch schon vor dem Prozessbeginn casns zn praestieren hat. Mit andern Worten, der Satz: ‚fnr semper in mora est' wäre entsprechend auszudehnen.

[2]) Cf. hierzn Kniep, Mora Bd. II, S. 10.

[3]) Cf. hierzu l. 1 § 4 D. 44, 7: sed et in maioribns casibns, si culpa eius interveniat, tenetnr; dazn l. 5 § 4 D. 13, 6: nisi aliqua cnlpa interveniat; § 2 J. 3, 14: si modo non huius cnlpa is casus intervenerit; — culpa est

Wird man an der Hand des BGB. ausserhalb des Anwendungsgebietes des § 823 in den gleichen und ähnlichen Fällen auch da, wo das Gesetz keine besondere Vorschrift enthält, zu der gleichen, strengen Haftung gelangen?[1]) Für den Fall der mora schreibt das Gesetz selbst die Casushaftung vor (§ 287), ebenso für den Fall der negotiorum gestio (§ 678), es lässt sich vielleicht auch im Falle der Leihe, wenn der Commodatar die Sache vertragswidrig benutzte, eine Haftung desselben begründen; er verstösst gegen ein den Schutz des Verleihers bezweckendes Gesetz: § 603; an einer solchen Norm fehlt es aber im Fall der Miete; § 550 kann als ein Schutzgesetz im Sinne des § 823, 2 nicht angesehen werden. Es fragt sich also, ob man nach allgemeinen Grundsätzen den Mieter wegen eines Schadens, der sich auf eine vertragswidrige Behandlung der Sache zurückführen lässt, auch dann ohne weiteres wird haften lassen können, „wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt". Ulpian lässt sich über einen derartigen Fall l. 11 § 1 D. 19, 2 folgendermassen aus: „Si hoc in locatione convenit: ‚ignem ne habeto' et habuit, tenebitur, etiamsi fortuitus casus admisit incendium, quia non debuit ignem habere." Man nehme an, der Mieter habe, als er das Feuer anzündete, an diese Ver-

---

immiscere se rei ad se non pertinenti (l. 36 D. 50, 17). Cf. hierzu das Urteil des Reichsgerichts Bd. 42 S. 291. Die Entscheidung ist nicht zu billigen: War, was Kläger behauptet, der Beklagte verpflichtet, die Beschläge auf dem Speicher aufzubewahren, so hat er bereits das Recht des Klägers durch Unterbringung derselben in einem Parterreraum verletzt; kommt nun weiter hinzu, was hier zutrifft, dass ohne die Pflichtverletzung der Schaden nicht entstanden wäre, so ist der Schadensersatzanspruch begründet; der Beklagte hatte hier eben casus zu prästieren.

[1]) § 823 BGB. lässt allerdings bereits Haftung eintreten, wenn ein Recht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt wird; es können daher für diejenigen, welche die obligatorischen Rechte ebenfalls als Rechte im Sinne des § 823 ansehen, keine Schwierigkeiten entstehen; diejenigen aber, die, wie Planck, nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen § 823 auf obligatorische Rechte zur Anwendung bringen wollen, können nur dann in diesen Fällen zu einer Haftung bei obligatorischen Rechten gelangen, wenn die Voraussetzungen des § 276 BGB. gegeben sind. Planck hilft sich hier mit „allgemeinen Grundsätzen" (cf. z. B. Bd. II S. 305, Nr. 4a, S. 51, S. 338, Nr. 1 zu § 603). Diese „allgemeinen Grundsätze" ergeben sich aber doch nicht ohne weiteres aus § 276!

tragsklausel nicht gedacht, so ist an Vorsatz zunächst nicht zu denken[1]). Wird man hier, wo er sich also nicht bewusst war, dass er rechtswidrig handelte, Fahrlässigkeit annehmen, wenn er bei Anzündung des Feuers die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtete? Und wie erst, wenn der Schaden gar nicht unmittelbar durch sein vertragswidriges Verhalten herbeigeführt wurde? — Er hat in einer Scheune, die in jeder Weise hierzu geeignet ist, Heu eingebracht; ohne dass er es irgendwie auch mit Anwendung der grössten Sorgfalt verhindern konnte, wird durch einen Dritten die Scheune in Brand gesteckt; wird man hier im Sinne von § 276 von Fahrlässigkeit reden können? Ich glaube es nicht, und doch lässt Ulpian auch in einem solchen Falle den Mieter, und zwar mit Recht, haften (l. 11 § 4 D. 19, 2). Es liegt eben hier ein Verschulden vor — non debuit ignem habere (faenum componere) —. Wenn aber auch in diesem und ähnlichen Fällen die Haftung des Mieters und überhaupt eines Schuldners nicht auf § 276 BGB. zurückgeführt werden kann, so erscheint dieselbe doch gleichwohl begründet, da sich offenbar die im BGB. ausdrücklich geregelten Tatbestände als Anwendungsfälle des im folgenden (S. 99) näher formulierten allgemeinen Grundsatzes darstellen.

Man hat die Frage aufgeworfen, ob die mora debitoris culpa erfordere (Dernb. II § 40, N. 15)[2]). Die mora ist nichts anderes, als der vornehmste der soeben anfgezählten Fälle, deren Eigentümlichkeit darin besteht, dass das Verhalten der betreffenden Person selbst die Rechtsverletzung enthält[3]).

[1]) Anderer Meinung offenbar Windscheid, der die Haftung im Fall unbefugter Benutzung stets auf dolus zurückzuführen scheint (cf. § 400, N. 20; auch § 375, N. 10); nach den Quellen tritt aber die Haftung schon dann ein, wenn der Mieter oder der Kommodatar sich vertragswidrig verhielt; dagegen wird nicht erfordert, dass er sich dessen bewusst war, es genügt, dass er sich der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens ohne Anstrengung bewusst werden konnte (cf. hierzu Pernice, Labeo, 2. Aufl.; 2. Bd.; Abt. 2, S. 133, Anm. 1).

[2]) Cf. hierzu Pernice, Labeo, 2. Aufl.; 2. Bd.; Abt. 2, S. 146; neuerdings Sjögren (Jherings Jahrbücher Bd. 35, S. 391, 369): „Der Verzug ist ein rechtswidriger Zustand, dessen Unwert auf dem in ihm enthaltenen, dem Recht des Gläubigers widerstreitenden Ergebnis beruht, nicht eine pflichtwidrige Handlung, deren Unwert in dem Verschulden des Säumigen liegen sollte.“

[3]) Cf. hierzu Windscheid § 122, N. 2, 2a, 3.

Die Römer selbst nennen die mora sehr häufig dolus, indem sie hier unter dolus, wie auch sonst vielfach, die culpa lata mitverstehen. Hoc enim ipso dolo facit, heisst es l. 1 § 47, D. 16, 3, quod id, quod ad se pervenit, non reddit. Julian hatte in seinen Digesten den Satz aufgestellt: hoc ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. Marcellus meint aber demgegenüber (l. 1 § 22 D. 16, 3): non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat; quid enim, si in provincia res sit, vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas[1]). Ohne jede Einschränkung spricht aber wieder Ulpian aus: Dolus est, si quis nolit persequi, quod persequi potest, aut si quis nolit, quod exegerit, solvere (l. 44 D. 17, 1 Mommsen). Auf die facultas restituendi nehmen aber wieder Rücksicht l. 36 D. 15, 1: videtur autem dolo facere dominus, qui, cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere; l. 8 § 9 D. 17, 1: dolo autem facere videtur, qui id, quod potest restituere, non restituit; die Erkennbarkeit der Rechtsverletzung rückt in den Vordergrund l. 13 pr. D. 16, 3: postea autem si cognoverit, ... incipit dolo malo facere, si reddere eam non vult. Dass hier unter dolus nicht nur das Wollen der Rechtsverletzung im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Handlung zu verstehen ist, dürfte ohne weiteres auf der Hand liegen; allerdings sagt l. 13 pr. Paulus: si cognoverit, aber der Jurist würde zweifellos dieselbe Entscheidung gegeben haben, wenn der Schuldner sich das Bewusstsein ohne Anstrengung verschaffen konnte; denn wie wir gesehen haben (S. 89), schliesst nur eine iusta causa ignorantiae die mora aus.

Dieselbe umfassendere Bedeutung hat das Wort dolus[2]) in der Wendung ‚dolo desinere possidere'. Nicht nur der Besitzer, welcher weiss, dass er durch eine Verfügung über den Gegenstand fremdes Recht verletzt, sondern auch schon derjenige, welcher sich dieses Wissen ohne Anstrengung verschaffen konnte, haftet; das S. C. Juventianum nimmt nur diejenigen Besitzer aus, ‚qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere

[1]) Die Bedeutung derselben wird weiter unten (§ 14 Ende) gewürdigt werden.

[2]) Pernice (Labeo, 2. Aufl.; 2. Bd.; Abt. 2, S. 70) will umgekehrt hier demselben noch einen engeren Sinn beilegen, als es die herrschende Meinung tut.

existimassent'. Wer über einen Gegenstand, welcher einem andern gehört oder bezüglich dessen er einem andern gegenüber zur Herausgabe verpflichtet ist, irgendwie verfügt, verletzt fremdes Recht; tut er dies daher mala fide, so macht er sich einer Pflichtverletzung schuldig, ihn trifft Verschulden in dem oben beschriebenen Sinne. Er muss daher für den Schaden ex ea re haften, d. h. für casus, denn er wird auch haften müssen, wenn er „ohne sonstiges Verschulden" nicht mehr in der Lage ist, die Sache dem Gläubiger zu verschaffen (cf. l. 91 § 1 D. 45, 1: idemque fiat, etsi per alium, posteaquam ab hoc alienatus sit, id contigerit). Selbstredend kann nicht nur der Besitzer in einem Eigentums- oder Erbschaftsstreite in die Lage kommen, in dieser Weise zu haften. So finden wir denselben Grundsatz ausgesprochen für die Schenkung unter Ehegatten, wenn die Schenkung nach erfolgter Scheidung zurückzugeben ist: l. 37 D. 24, 1 — wird dagegen die Schenkung sonst zurückgerufen, so kann sich der betreffende Ehegatte darauf berufen, dass er nicht ohne Einverständnis des Schenkers gehandelt habe —; ferner für die Verpflichtung zur Herausgabe der dos: l. 25 § 1 D. 24, 3; für die Legatschuld: l. 17 § 3 D. 29, 1, l. 1 § 10 und 11 l. 4 § 3 l. 6 § 5 D. 29, 4; für die Schuld des Legatars aus dem Interdikt Quod legatorum: l. 1 § 7 D. 43, 3; für die Restitutionsschuld aus den Interdikten Ne quid in loco publico vel itinere fiat und Ne quid in flumine publico fiat: l. 2 § 42 D. 43, 8, l. 1 § 13 D. 43, 13; für die Collationsschuld des Emancipierten: l. 1 § 23 D. 37, 6; für das Pflichtteilsrecht des Patrons: l. 3 § 20 D. 38, 2; endlich sagt l. 150 D. 50, 17 ganz allgemein: ‚Parem esse conditionem oportet eius, qui quid possideat vel habeat, atque eius, cuius dolo malo factum sit, quominus possideret, vel haberet (cf. auch l. 131 eod.). Das BGB. hat diesen Grundsatz für den Fall eines Eigentums- und Erbschaftsstreites anerkannt (cf. §§ 989, 990 und §§ 2024, 2023; Planck III S. 252).

Sucht man aus den im Vorstehenden besprochenen Rechtssätzen den allgemeinen, sie beherrschenden Rechtsgedanken abzulösen, so dürfte man jedenfalls für das römische Recht, aber auch darüber hinaus für das Herrschaftsgebiet des BGB. zu folgendem Prinzip gelangen, welches ich das Prinzip des rechtsverletzenden Verhaltens nennen möchte:

Enthält das Verhalten (Handeln oder Unterlassen) einer Person an sich eine Rechtsverletzung und befindet sich diese Person bezüglich der Rechtsverletznug in mala fide, d. h. war sie sich derselben bewnsst, oder konnte sie sich derselben ohne Anstrengnng bewusst werden, so haftet sie für jeden Schaden, der sich auf die Pflichtverletznng zurückführen lässt (ex ea re), d. h. also für casus.

Seinem Wortlaut nach scheint § 823, 1 (§ 704, 2 E. I.) dieses Prinzip zu enthalten; gleichwohl glaube ich nicht, dass die Gesetzgeber bei Formnlierung des § 823, 1 an diejenigen Tatbestände gedacht haben, aus denen ich dasselbe abgeleitet habe. Ich nehme nach der Entstehungsgeschichte des § 823, 1 an, dass die Gesetzgeber in demselben etwas anderes ausgesprochen haben, als sie haben aussprechen wollen. Würde § 823, 1 dasselbe besagen wie uuser Prinzip, so müsste sich ans demselben anch die Haftung desjenigen für casus ergeben, der schuldhafter Weise dem Eigentümer seine Sache entzieht. Planck hebt ausdrücklich hervor, dass eine Verletzung des Eigentums vorliegt, wenn die Sache dem Eigentümer dauernd oder zeitweise entzogen wird. Die Autoren haben aber zweifellos nicht angenommen, dass sich diese Folge aus § 823, 1 (704, 2 E. I.) ergibt, denn sonst wäre die Vorschrift des § 848 (716 E. I.) unverständlich. Zur Begründung dieser Norm verweisen die Motive II S. 740 auf den Rechtssatz bezüglich der Haftung des in Verzug befindlichen Schuldners, der einen der Hauptanwendungsfälle unseres Prinzipes bildet. Die Motive selbst begnügen sich denselben mit der Fiktion der Perpetuatio obligationis zu begründen.

Gedacht haben die Autoren bei Formulierung des § 823, 1 offenbar in erster Linie an die Tatbestände, die schon Gegenstand des Rechts der lex Aquilia bildeten. Aber der Wortlaut des § 823 trifft diese Fälle keineswegs. Unmöglich kann man bei diesen Tatbeständen zwischen einer Rechtsverletzung nnd einem „daraus entstehenden Schaden“ unterscheiden, es sei denn, dass man nur an einen etwa mittelbaren Schaden denkt.

Werfe ich einen Stein gedankenlos in die Luft und zertrümmert derselbe ein kostbares Fenster, so fällt die Rechts-

verletzung mit der Schädignng zusammen. Fällt meines Nachbars Kuh in ein von mir gegrabenes Loch, so vermag ich auch nicht zwischen der Rechtsverletzung nnd dem daraus entstehenden Schaden zu unterscheiden; ebensowenig vermag ich ein Verhältniss von Ursache und Wirkung zwischen der Körperverletzung und einem daraus entstehenden Schaden zu erkennen, wenn einem Vorübergehenden dadurch ein Arm zerbrochen wird, dass ich auf ihn einen Ast fallen lasse. Aus der Körperverletzung entsteht nicht erst ein Schaden; der Schaden besteht vielmehr in der mit der Körperverletzung verbundenen Minderung der Erwerbsfähigkeit.

Nach meinem Dafürhalten wäre es mit Rücksicht auf den wenig befriedigenden Zustand der Lehre des Verschuldungsprinzips ganz besonders angezeigt gewesen, dass die Gesetzgeber der Theorie liessen, was der Theorie ist, und dem deutschen Richter dasselbe Vertrauen schenkten, dessen die Gesetzgeber Frankreichs und der Schweiz ihre Richter für würdig hielten.

§ 13.

Möglich ist nun ferner, dass die Handlung, durch welche ein Schaden herbeigeführt wird, nicht selbst eine Rechtsverletzung enthält, keine unerlaubte, vielmehr eine an sich indifferente ist.

An sich indifferent in diesem Sinne ist eine Handlnng auch dann, wenn sie in der Absicht vorgenommen wnrde, einen Schaden herbeizuführen. Die Frage, ob bei diesen Handlungen Haftnng eintreten soll oder nicht, ist daher im allgemeinen nach den im Nachfolgenden zu entwickelnden Grundsätzen zu entscheiden; nur insofern erscheint ihre Hervorhebung gerechtfertigt, als aus einem besonderen Grunde bei ihnen der Handelnde sich niemals auf konkurrierende Schuld des Verletzten berufen kann. In dieser Beziehung besteht daher zwischen diesen Handlungen und den unerlaubten Handlungen eine gewisse Verwandtschaft (cf. unten § 17). Im Gegensatz zu den unerlaubten Handlungen möchte ich die letzteren, wenn die Schadenszufügung weder durch einen Rechtssatz noch von dem Verfügungsberechtigten gestattet war, arglistige Handlungen nennen; dahin gehört omnis calliditas, fallacia, machinatio

ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita, sowie die Erregung einer rechtserheblichen Furcht. Es können sich natürlich die Tatbestände der unerlaubten und arglistigen Handlungen kreuzen; so wenn ich auf dem Grundstück des Nachbars ein Loch grabe, damit der letztere darin verunglücke; notwendig ist dies aber nicht; keine unerlaubte, wohl aber eine arglistige Handlung liegt vor, wenn ich auf meinem Grundstück ein Loch grabe, damit des Nachbars Vieh dort hineinfalle. Im Gegensatz zu den unerlaubten Handlungen kann bei den arglistigen Handlungen nach dem Gesagten nur insoweit von einer Haftung die Rede sein, als der Schaden auf ein besonderes Verschulden zurückzuführen ist; auf der Hand liegt allerdings, dass Verschulden vorliegt, soweit der Schaden beabsichtigt war; ob auch Haftung für weiteren Schaden eintreten soll, bedarf stets näherer Prüfung; eine Haftung für casus ist aber hier ebensowenig, wie bei den übrigen indifferenten Handlungen zu rechtfertigen. Grabe ich daher auf meinem Grundstück ein Loch, damit in demselben des Nachbars Vieh verunglücke, über dessen Eindringen ich mich ärgere, und der Nachbar selbst stürzt in die Grube, so kann von einer Schadensersatzpflicht keine Rede sein.

Bei an sich indifferenten Handlungen kann die Rechtsordnung den Handelnden nicht ohne weiteres für allen Schaden verantwortlich machen, der ohne die Handlung nicht eingetreten wäre; denn in der Handlung selbst liegt noch keine Pflichtverletzung. Der Kommodatar hat nicht piratarum et latronum et naufragii casum zu prästieren, si in hoc commodata sit ei res, ut eam peregre secum ferat, wenn auch hier die Sache ohne seine Behandlung nicht untergegangen wäre. Auch würde die Rechtsordnung mit sich selbst in Widerspruch treten, wollte sie zum Zwecke des Schutzes des Vermögensinhabers den dritten Personen die Pflicht auferlegen, Handlungen zu unterlassen, die zur Ausübung eines von ihr sonst als schutzwürdig anerkannten Interesses erforderlich sind. Aber auf der andern Seite erfordert es der Schutzzweck, dass das Recht es jedem Dritten zur Pflicht macht, eine Beschädigung fremden Vermögens, soweit ihm dies ohne auf die Ausübung

der gedachten Interessen zu verzichten möglich ist, unbedingt zu vermeiden.

Bei der Formulierung des sich hiernach ergebenden Grundsatzes, den ich der Kürze halber im folgenden den aquilischen nennen werde, wird also zu unterscheiden sein, ob die indifferente Handlung in Ausübung eines von der Rechtsordnung anerkannten Interesses vorgenommen wird oder nicht.

Der Eigentümer, der Usufruktuar, der Mieter etc., welche die von ihrem Recht betroffene Sache benutzen, der Gläubiger, welcher mahnt, seine Forderung geltend macht, oder, wo dies erforderlich ist, sichert, aber auch der Schuldner und Bürge, welche zahlen, üben rechtlich anerkannte Interessen aus; die ersteren können die Handlungen nicht unterlassen, ohne auf die ihnen rechtlich gebührenden Vorteile zu verzichten, die letzteren nicht, ohne sich ihnen von Rechts wegen drohenden Nachteilen auszusetzen. In Betracht kommen aber hier nicht nur die vom Privatrecht, sondern auch die vom öffentlichen Recht anerkannten Interessen, so dasjenige auf Benutzung der öffentlichen Strassen, Plätze, Gewässer[1]).

Wir nannten oben (S. 93) diejenigen Handlungen, welche in sich eine Rechtsverletzung enthalten, unerlaubte Handlungen; im Gegensatz hierzu kann man diejenigen Handlungen, welche in Ausübung eines rechtlich anerkannten Interesses stattfinden, erlaubte[2]), die übrigen lediglich indifferente Handlungen nennen.

Unter Berücksichtigung dieser Unterscheidung lässt sich

---

[1]) Als ein solches Interesse kann aber nicht schon angesehen werden das Interesse an der Freiheit der Bewegung (cf. Merkel, Die Kollision rechtmässiger Interessen S. 61). Dieses Interesse ist genügend berücksichtigt durch Aufstellung des Erfordernisses der Erkennbarkeit (§ 10). Rauchen in einem Walde (cf. unten § 15) und Benutzen von öffentlichen Strassen, Plätzen und Gewässern zu Verkehrszwecken sind keine gleichwertigen Handlungen. — Besonderes muss gelten beim Mangel der Kraft und Erfahrung des Reiters, Kutschers etc. (cf. unten § 16 Ende).

[2]) In diesem Sinne ein erlaubtes Verhalten ist es auch, wenn jemand, der hierzu berechtigt ist, den Eigentümer bzw. den Vermögensinhaber an der Ausübung seines Interesses, insbesondere der Behütung seiner Sache verhindert; das oben (S. 58) formulierte Prinzip gehört mithin hierher und erklärt sich aus den hier entwickelten Grundsätzen. (Vgl. hiermit Hasse, Culpa § 35.)

der aquilische Grundsatz so formulieren: Wer eine rein indifferente Handlung vornimmt, muss Sorge tragen, dass **durch** Vornahme der Handlung kein Schaden entsteht, m. a. W. er trägt die Gefahr seiner Handlung[1]); wer eine erlaubte Handlung vornimmt, muss Sorge tragen, dass **bei** Vornahme der Handlung kein Schaden entsteht, m. a. W. er muss allen Schaden, der bei Vornahme der Handlung vermeidbar ist, auch vermeiden, die Gefahr des unvermeidbaren Schadens trifft dagegen hier den Verletzten[2]).

Entsteht in dem einen oder anderen Falle ein Schaden, den der Handelnde seiner Sorgfaltpflicht entsprechend hätte vermeiden sollen, so hat er sich nicht so verhalten, wie er sich hätte verhalten sollen; er hat seine Pflicht nicht erfüllt; der Schaden ist daher auf ein Verschulden seinerseits zurückzuführen.

Damit man von Verschulden sprechen kann, genügt es allerdings nicht, dass jemand durch sein Verhalten einen Schaden verursacht hat; enthält sein Verhalten aber gleichzeitig eine Pflichtverletzung und wäre ohne die Pflichtverletzung der Schaden nicht entstanden, so hat er den Schaden nicht nur veranlasst, sondern auch verschuldet, denn Pflichtverletzung ist Schuld.

Die Römer selbst haben nicht den Versuch gemacht, alle diejenigen Fälle, in denen sie ihrem Rechtsinstinkte folgend den Handelnden für den durch seine Handlnng verursachten Schaden haften liessen, auf ein einheitliches Prinzip zurückzuführen; sie selbst verwenden den Begriff der Sorgfalt nur in denjenigen

---

[1]) Cf. nnten § 15. Die meisten Fälle des Handelns anf eigene Gefahr sind somit anf das Verschuldungsprinzip znrückznführen. Unger selbst spricht (Handeln anf eigene Gefahr S. 133) von „einer Vergrösserung der Sorgfalt und Aufmerksamkeit"; dieser Gesichtspunkt trifft jedoch nicht in allen, sondern nnr in den im Text gedachten Fällen des Handelns anf eigene Gefahr zu; die übrigen dürften sich aber auch nicht, was Unger allgemein annimmt, als Ansnahmen von dem Verschuldungsprinzip, sondern als Anwendnngen paralleler Prinzipien erweisen (cf. insbes. nnten § 28). Wie die Naturwissenschaften, so wird auch die Rechtswissenschaft nicht mit einem Schlage in den Besitz der ihren Stoff beherrschenden Gesetze gelangen; geht sie aber von der „Kompromissnatnr" des Rechts (Unger a. a. O. S. 130) aus, so begibt sie sich von vornherein der Möglichkeit, sich diese Kenntnis zu verschaffen.

[2]) Cf. unten § 16.

Fällen, in denen die Einwirkung auf das fremde Vermögen eine erlaubte ist; bei rein indifferenten Handlungen führen sie die Haftung für Schadensersatz entweder ohne weiteres auf culpa zurück, ohne zu erörtern, welche Pflicht verletzt worden ist, — so regelmässig beim Vorliegen des Tatbestandes der lex Aquilia — oder sie verzichten gar darauf festzustellen, dass culpa vorliegt, — so in allen anderen Fällen von rein indifferenten Handlungen. So viel mir bekannt, berufen sie sich hier nur ein einziges Mal auf den Gesichtspunkt der culpa, um die Schadensersatzpflicht zu begründen, nämlich in l. 62 (61) § 5 D. 47, 2.

Ich glaube aber, dass gleichwohl der Nachweis erbracht werden kann, dass sich die Römer in allen den Fällen, in denen sie eine Schadensersatzpflicht aufgestellt haben, und die sich nicht aus besonderen Gründen erklären lassen, wenn vielleicht auch nur unbewusst, von der Vorstellung der Verletzung einer Sorgfaltpflicht in dem vorhin gekennzeichneten Umfang haben leiten lassen.

Nach dem Gesagten können wir die Auffassung, welche die Römer von der Sorgfaltpflicht hatten, nur in den Fällen beobachten, in denen es sich um Vermeidung von Gefahren handelt, die mit einer erlaubten Einwirkung auf fremdes Vermögen verknüpft sind. Lässt sich aber einerseits der Beweis erbringen, dass nach ihrer Auffassung nur dann hier die Sorgfaltpflicht erfüllt ist, wenn aller vermeidbare Schaden auch vermieden wird, und ist man andererseits zu der Annahme berechtigt, dass in diesen Fällen nur um deswillen nicht die Pflicht des Betreffenden so weit gehen kann, die beabsichtigte Handlung nötigenfalls zu unterlassen, weil eben seine Handlung eine erlaubte ist, so, glaube ich, darf man schliessen, dass die Römer bei der Normierung der Haftung bei rein indifferenten Handlungen, wenn auch nur unbewusst, die Vorstellung beherrschte, dass der Handelnde verpflichtet sei, Sorge zu tragen, dass durch Vornahme der Handlung kein Schaden entstehe.

Es hängt hiernach die Frage, ob es zulässig ist, diejenigen Haftungsfälle, in denen die Römer selbst nicht von culpa reden, aus einem Verschulden des Handelnden zu erklären, mit der

Frage zusammen, welches Mass von Sorgfalt die Römer bei einem erlaubten Einwirken auf fremdes Vermögen erforderten.

Ist die letztere Frage in der Weise zu beantworten, wie dies die herrschende Lehre tut, so ist die erstere Frage allerdings zu verneinen, und wären wir dann auch nicht berechtigt, den aquilischen Grundsatz, wie wir dies vorhin getan, zu formulieren. Man muss dann aber auch darauf verzichten, eine Reihe der wichtigsten Sätze des römischen Rechtes zu erklären; sie scheinen dann ausserhalb des Bereichs des Verschuldungsprinzips zu liegen, ohne dass ein genügender Grund gefunden werden könnte, warum hier die Römer eine Haftung für Schadensersatz eintreten liessen und warum unser eigenes Rechtsgefühl einen Schadensersatzanspruch erheischt.

Ehe wir daher in eine Besprechung der sich aus dem aquilischen Grundsatze ergebenden Folgerungen eintreten können, müssen wir zunächst prüfen, welchen Grad der Sorgfalt die Römer bei erlaubten Handlungen verlangten.

§ 14.

Ein Gesetzgeber kann sich zweifellos damit begnügen, überall da, wo es auf die Vermeidung von Gefahren für fremdes Gut ankommt, nur die „im Verkehr übliche Sorgfalt“ zu verlangen, d. h. darauf verzichten, unbedingt die Sorgfalt dem Betreffenden zur Pflicht zu machen, „die erforderlich ist, um einen konkreten Schaden abzuwenden“. Soll jedoch die Sorgfaltpflicht ernstlich als Mittel zur Erreichung des Schutzzweckes dienen, so ist, soweit nicht das Prinzip der Gleichmässigkeit des Schutzes eine Einschränkung erheischt[1]), die äusserste Anspannung aller

[1]) Dies trifft zu in allen den Fällen, wo die Römer diligentia quam in suis verlangten. Hätte sonst der zur Sorgfalt Verpflichtete nur die diligentia, die ein normaler pater familias in seinen Angelegenheiten anwendet, zu prästieren, so wäre nicht einzusehen, warum von den hier in Frage kommenden Personen weniger verlangt wurde; nimmt man aber, wie dies hier geschieht, schon dann culpa levis an, wenn es überhaupt möglich war, den Schaden zu vermeiden, so wird es verständlich, dass die Rücksicht auf den Verpflichteten nicht überall gestattete, diese strenge Haftung durchzuführen. Der tutor und curator übernehmen nicht freiwillig die Verwaltung des fremden Vermögens; sie werden hierzu gezwungen (cf. hierzu Windsch. § 447 zu N. 9); wollte daher das Recht von ihnen culpa levis erfordern, so

geistigen und körperlichen Kräfte, die irgendwie zur Vermeidung eines drohenden Schadens notwendig erscheint, zu erfordern.

würde das eine bedenkliche Zurücksetznng ihrer Interessen bedenten; man denke an l. 5 § 4 D. 13, 6 (Karlowa, Rechtsgeschichte II S. 698, ist mit dieser Erklärung nicht einverstanden). Dass der Protutor nur für d. q. i. s. hafte, lässt sich nicht nachweissen. Pomponins sagt allerdings, er hafte wie der tutor, aber welches Mass der Sorgfalt Pomponins vom tutor verlangte, wissen wir nicht; die Äusserung des Callistratus l. 33 pr. D. 26, 7 lässt sich doch am besten in der Weise erklären, dass die beschränkte Haftung des tutor erst von Ulpian znr Geltnng gebracht wurde: l. 1 pr. D. 27, 3. Was die Haftung des maritus anbelangt, so bin ich überzeugt, dass er ebenfalls nicht in der Lage war, sich der Übernahme der Verwaltung der dos zu entziehen; ans dem grossen Interesse der Frau nnd ihrer Familie, dass sie keine mulier indotata war, ergibt sich die Annahmepflicht des Mannes (cf. anch Bechmann, Dotalrecht I S. 38); jedenfalls aber ist der Mann nicht wie ein Mandatar in der Lage, sich wieder von der Verwaltungspflicht frei zn machen. Wenn Justinian anch den Mann bei der Verwaltnng des Paraphernalvermögens nur für d. q. i. s. haften lässt, so liegt in dieser Bestimmung ebensosehr ein Missbrauch der Kategorie der d. q. i. s., wie ein solcher anch in modernen Gesetzgebnngen nicht anffallen darf: art. 1927 code civil; § 690 BGB. Die Beschränkung der Haftnng des coheres, collegatarins und socins erklärt sich daraus, dass sie ihre eigenen Interessen regelmässig nicht wahrnehmen können, ohne anf das gemeinschaftliche Vermögen einznwirken; würde daher in diesen Fällen von ihnen cnlpa levis erfordert, so würde ihnen hierdnrch die Wahrnehmnng der eigenen Interessen in nicht zu rechtfertigender Weise erschwert. Deshalb sagt Panlus bezüglich des coheres l. 25 § 16 D. 10, 2: non tamen diligentiam praestare debet, qnalem diligens pater familias, quoniam hic propter snam partem cansam habuit gerendi et ideo negotiorum gestornm ei actio non competit. Wirkt der coheres in einer Weise anf das Gemeingut ein, welche die Wahrnehmung seiner Interessen nicht erfordert, so befindet er sich in derselben Lage, wie ein negotiorum gestor; deshalb entscheidet Ulpian l. 6 § 2 D. 10, 3: ceterum non alias commnni dividundo indicio locus erit, ut et Papinianus scribit, nisi id demum gessit, sine qno partem suam recte administrare non potnit, alioquin si potnit, habet negotiorum gestorum actionem eaqne tenetur. Dieselbe Unterscheidung ist selbstredend beim collegatarius nnd beim socins zu machen. Die Interessen des socins erfordern es nicht, dass er an seiner Statt einen Dritten auf das Gemeingut einwirken lässt; tut er es aber: omnimodo cum teneri eius nomine (l. 23 pr. D. 17, 2). Übernimmt eine dieser drei Personen vertraglich die Pflicht, Gemeinschaftsangelegenheiten zn erledigen, so befindet sie sich vollkommen in derselben Lage, wie ein Mandatar; alsdann kann mithin von einer Beschränkung der Haftung nicht mehr die Rede sein: wer es übernommen hat, für das gemeinschaftliche Vieh zu sorgen, hat nur die ‚damna, qnae imprudentibns accidnnt, hoc est damna

Es muss also jeder Schade, der irgendwie vermieden werden konnte, auch vermieden werden. Das klassische römische Recht hat diesen Grundsatz ausnahmslos beobachtet[1]).

Hätten wir nur diejenigen Entscheidungen, in denen die römischen Juristen die Sorgfalt des bonus, diligens pater familias, der homines frugi et diligentes als Mustersorgfalt hinstellen, so liesse sich vielleicht die herrschende Auffassung der Sorgfaltpflicht als quellengemäss bezeichnen. Unvereinbar ist sie aber mit denjenigen Stellen, in denen die Römer sich darüber aussprechen, welche Unfälle allein nach ihrer Ansicht ein sorgfältiger Mann (Durchschnittsphilister!) nicht zu vertreten hat; denn nur dann nehmen sie nach diesem Quellenmaterial keine Verletzung der Sorgfaltpflicht an, wenn es sich entweder um casus handelt, quibus resisti non potest, oder um solche, welche nach menschlicher Berechnung nicht voraussehbar waren. Hier, wo die Verletzung der Pflicht zur Sorgfalt in Frage steht, gewinnt das Merkmal der Voraussehbarkeit seine Bedeutung; doch darf es nicht mit dem oben besprochenen Merkmal der Erkennbarkeit verwechselt werden. Die Römer scheinen nicht leicht zugegeben zu haben, dass ein Schaden nicht voraussehbar war. Unter allen den vielen Fällen, in denen sie wegen Unvermeidbarkeit des Schadens keine Haftung eintreten liessen, befindet sich meines Wissens in den Digesten nur ein einziger, in dem Mangel der Voraussehbarkeit das Kriterium bildet: ich meine den der fuga servorum, qui custodiri non solent (l. 18 pr. D. 13, 6; l. 23 D. 50, 17; cf. auch l. 21 D. 6, 1); es können

fatalia' nicht zu prästieren; er haftet daher ohne weiteres, wenn das Vieh gestohlen wird, denn Diebstahl gehört nicht zu den damna fatalia; dagegen haftet er im Falle eines Raubes oder einer Feuersbrunst nur, si dolo aut culpa acciderit eius (l. 52 § 3 D. 17, 2). Aus dem gleichen Grunde (wie ein Mandatar) haftet auch der Ehemann ohne Einschränkung bez. der in dotem gegebenen Forderungen (cf. l. 49 pr. D. 24, 3; Hasse, S. 433ff., insbesondere S. 438 n.). Den Satz, dass der tutor beim Ankauf von Grundstücken nur für culpa lata haftet, scheint mir Hasse in genügender Weise zu erklären (cf. S. 264).

[1]) Der Wortlaut des § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB. steht nicht im Wege, die Sorgfaltpflicht auch heute in der gleichen Weise aufzufassen; sie muss so aufgefasst werden, wenn man unter der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die für die Sicherheit des Verkehrs erforderliche Sorgfalt versteht.

eben nicht schon die bei Anwendung von Sorgfalt im Sinne der herrschenden Lehre nicht voraussehbaren Unfälle als unvermeidbar angesehen werden, sondern nur diejenigen, welche nullum humanum consilium providere potest; nur die letzteren sind casus fortuiti (cf. l. 2 § 7 D. 50, 8), d. h. solche, die weder durch menschliches Zutun herbeigeführt sind, noch durch menschliche Fürsorge verhütet werden konnten. Alle anderen Fälle gehören unter den Begriff der vis maior. So lassen sie keine Haftung eintreten, wenn geltend gemacht werden kann, dass der Schade entstanden ist durch vis ignis, incendia, vis fluminum, aquarum magnitudo, inundatio, terrae motus, turbo, ruina, naufragium, vis latronum[1]), latronum hostiumve incursus, latrocinium, piratarum insidiae, impetus praedonum, praedonum incursus, rapinae, tumultus, morbus, senectus, mortes servorum, quae sine dolo et culpa accidunt, animalium casus, mortesque, quae sine culpa accidunt. Casus maiores liegen aber ferner auch vor, wenn der Gegenstand, auf welchen eingewirkt wird, durch die Einwirkung notwendigerweise Schaden nimmt: es lässt z. B. jemand einen Gegenstand einer Bearbeitung unterziehen, die dieser nicht ertragen kann (l. 13 § 5 D. 19, 2: vitium materiae; l. 27 § 29 D. 9, 2); oder wenn der Neubau infolge eines für den Architekten nicht erkennbaren Mangels des Untergrundes zusammenstürzt (l. 62 D. 19, 2: soli vitium)[2]).

Nur in Fällen, wie den aufgezählten, also wenn entweder vis maior oder ein damnum fatale vorliegt, lassen die Römer keine Haftung eintreten; dass sie auch andere Ausnahmefälle berücksichtigt hätten, lässt sich schlechterdings nicht nachweisen. Am allerwenigsten kann man dies aus dem Begriff der Sorgfalt selbst folgern. Zweifellos ist nach Lebensbegriffen der noch nicht als ein nachlässiger Mann zu bezeichnen, dem es nicht gelingt, alle Schäden bis an die Grenze der casus maiores zu vermeiden; aber ebensowenig kann es nach den Quellen

[1]) In einer Kodexstelle wird die aggressura latronum zu den unvoraussehbaren Ereignissen gerechnet. L. 6 C. 4, 24: Quae fortuitis casibus accidunt, quum praevideri non potuerant, in quibus etiam aggressura latronum est. . . .

[2]) Hierher gehören ferner, wenn es sich um einen Transport handelt, äusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung, innerer Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage (§ 456 HGB.).

zweifelhaft sein, dass den Römern hier nur eine Sorgfalt genügt, die alle casus vermeidet, quibus resisti potest.

Bei der Wichtigkeit der Frage verlohnt es sich, das in Betracht kommende Quellenmaterial[1]) einmal zusammenzustellen.

Nachdem Ulpian in l. 23 D. 50, 17 erörtert, welchen Grad von Schuld der Schuldner in den verschiedenen Kontrakten zu prästieren habe, schliesst er seine Betrachtung mit folgender Bemerkung: animalium vero casus mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.

Besonders eingehend haben die Römer die Sorgfaltpflicht des Kommodatars besprochen. Von ihr handeln folgende Fragmente: l. 1 § 4 D. 44, 7:

> Is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est; alias tamen exactissimam (§ 1 I. 3, 14: exactam) diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit; sed et in maioribus casibus, si culpa[2]) eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit.

l. 5 § 4 D. 13, 6:

> Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum erreptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat; proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit[3]).

[1]) Exner (Der Begriff der höheren Gewalt [vis maior] im römischen und heutigen Verkehrsrecht) schenkt diesem für das Verständnis des Begriffs der höheren Gewalt höchst bedeutsamen Material fast gar keine Beachtung.

[2]) Nämlich dann, wenn seine Handlung selbst eine Rechtsverletzung enthält; dann haftet er eben wegen seines schuldhaften Verhaltens für casus ex ea re.

[3]) Um das schwere Bedenken, das sich aus den letzten Worten Ulpians

l. 1 C. 4, 23:

Ea quidem, quae vi maiore anferuntnr, detrimento eorum, quibus res commodantur, impntari non solent.

l. 18 pr. D. 13, 6:

In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendinm, fugas servorum qui custodiri non solent[1]).

Die Haftung des Pfandgläubigers betreffen folgende Stellen:

l. 13 § 1, l. 14 D. 13, 7:

(Ulpian) Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis maior non venit.

---

ergibt: ‚cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit' zu beseitigen, führt Hasse folgendes aus: „Culpa ist also nur dann vorhanden, wenn sich ergibt, dass man das fremde Gut bloss darum, weil es fremdes Gut war, dem eigenen nachsetzte; erst dann kann man im eigentlichen Sinne sagen, dass das eigene dem fremden vorgezogen worden." Fragt man aber, was ihn zu dieser Interpretation berechtigt, so lautet die Antwort, ohne culpa könne hier von Haftung keine Rede sein, und wer könne in jenem Falle, wenn er nicht in dieser Weise verstanden werde, an culpa denken? Gewiss niemand, der die herrschende Auffassung der Sorgfaltpflicht teilt. — Nach von Thur (Der Notstand S. 29) ist l. 5 § 4 restrictif dahin zu interpretieren, dass der Schuldner die fremde Sache der eigenen bei gleichzeitiger Gefährdung beider nur dann vorzuziehen hat, wenn die letztere weniger wertvoll ist als die erstere. „Denn", sagt er, „der Kommodatar ist zur diligentia boni patris familias verpflichtet. Ein guter Geschäftsmann wird aber von zwei unvermeidlichen Opfern das geringere wählen." — Ich glaube kaum, dass wir im Hinblick auf das hier zusammengestellte Quellenmaterial, insbesondere aber auf l. 5 § 4 cit. berechtigt sind, tadelnd von „der Gleichgültigkeit des römischen Individualismus" zu sprechen (cf. Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen S. 39).

[1]) Bruckner (Die Custodia nebst ihrer Beziehung zur vis maior S. 263, 264) liest aus dieser Stelle, die nur von diligentia, nicht aber von custodia spricht, die er daher nicht aus seiner Theorie der Haftung für Garantiecustodia zu erklären vermag, ziemlich genau das Gegenteil von dem, was Gaius mit unzweideutigen Worten ausspricht. Er meint: „Wenn l. 18 pr. sagt: In rebus etc., so will damit nichts weniger gesagt sein, als dass beim Leihvertrage nur solche Unfälle nicht prästiert werden, welche sich als vis maior charakterisieren, casus, quibus resisti non potest."

(Panlus) Ea igitur, quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.

l. 30 eod.:

Qni ratiario crediderat, cum ad diem pecnnia non solveretur, ratem in flumine sna auctoritate detinnit: postea flumen crevit et ratem abstulit; si invito ratiario retinuisset, eius periculo ratem fnisse respondit; sed si debitor sua volnntate concessisset, ut retineret, culpam dnmtaxat ei praestandam, non vim maiorem.

l. 19 C. 8, 14:

Sicnt vim maiorem pignorum creditor praestare necesse non habet, ita dolum et cnlpam, sed et cnstodiam exhibere cogitur.

l. 6 C. 4, 24:

Quae fortuitis casibus accidunt, quum praevideri non potuerant, in quibus etiam agressura latronum est, nullo bonae fidei indicio praestantur, et ideo creditor pignora, quae huinsmodi casu interierunt, praestare non compellitur . . .

§ 4 I. 3, 14:

Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia; sed quia pignus utriusque gratia datur . . . placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securnm esse nec impediri creditum petere.

Für die Fälle, in welchen der Depositar ausnahmsweise zu Sorgfalt verpflichtet ist, beschreibt Julian das Mass derselben wie folgt: l. 1 § 35 D. 16, 3:

si se quis deposito obtulit . . . periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.

Das Mass der Sorgfaltpflicht des conductor rei bespricht Ulpian in l. 13 § 7 D. 19, 2. Es heisst dort:

Exercitu veniente migravit conductor, deinde hospitio milites fenestras et cetera sustnlerunt; si domino non denuntiavit et migravit, ex locato tenebitur; Labeo antem, si resistere potuit, et non resistit, teneri ait, quae sententia vera est.

L. 36 D. 19, 2 behandelt die Sorgfaltpflicht des conductor operis. Bis zur Approbation lässt hier Florentin den conductor für allen vermeidbaren Schaden (periculum) haften. Unmögliches soll aber auch der conductor operis nicht leisten, deshalb setzt Florentin hinzu: Si tamen vi maiore opus prius interciderit, quam approbaretur, locatoris periculo est. Wir werden auf diese Stelle zurückkommen müssen. Im allgemeinen über die Haftung bei der Miete spricht noch l. 28 C. 4, 65:

In iudicio tam locati quam conducti dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat.

Die Haftung des negotiorum gestor betreffen folgende Stellen: l. 36 (37) § 1 D. 3, 5:

Si pecuniae quis negotium gerat, usuras quoque praestare cogitur et periculum eorum nominum, quae ipse contraxit: nisi fortuitis casibus debitores ita suas fortunas amiserunt, ut tempore litis ex ea actione contestatae solvendo non essent.

l. 22 C. 2, 18[1]):

Negotium gerentes alienum non interveniente speciali pacto casum fortuitum praestare non compelluntur.

In kaum zweideutiger Weise sprechen sich endlich l. 2 § 1 und l. 3 D. 18, 6 über das Mass der Sorgfalt des Verkäufers aus. In der ersteren Stelle sagt Gaius:

Et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum.

Dasselbe besagt Paulus, wenn er in der zweiten Stelle vom Verkäufer dieselbe achtsame Fürsorge (Georges) verlangt, zu der der Kommodatar verpflichtet ist. Es heisst dort:

Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.

Aus der vorhin zitierten l. 18 pr. D. 13, 6 wissen wir aber,

---

[1]) Bruckner (a. a. O. S. 234) schliesst aus dieser Stelle, dass der gestor nicht bis zur höheren Gewalt haftet. Mir scheint indes der Ausdruck casus fortuitus auf derselben Stufe zu stehen, wie casus maior, casus fatalis, damnum fatale; ich glaube dies wenigstens aus der Zusammenstellung folgender Fragmente schliessen zu dürfen: l. 13 § 1, l. 14 D. 13, 7; l. 19 C. 8, 14; § 4 I. 3, 14; l. 6 C. 4, 24; l. 52 § 3 D. 17, 2; l. 1 § 35 D. 16, 3; l. 2 § 7 D. 50, 8.

dass der Kommodatar tantum eos casus non praestat, quibus resisti non potest. Der Verkäufer haftet hiernach in der gleichen Weise, wie der Kommodatar, der Pfandgläubiger, der locator nnd conductor, der negotiorum gestor, gegebenenfalls anch der Depositar bis zur höheren Gewalt. Man kann auch nicht etwa sich auf l. 35 § 4 D. 18, 1 berufen, wenn man den Nachweis erbringen will, dass die Haftung des Verkäufers eine weniger strenge sei. Gaius sagt dort lediglich, dass wenn gefragt werde, ob und welche custodia der Verkäufer zu prästieren habe, zunächst eine etwaige Vereinbarung zu beachten sei; beim Mangel einer solchen aber sei talis cnstodia desideranda, qnalem bonus pater familias suis rebus adhibet. Diese Stelle gehört mithin zu denjenigen, auf welche sich die herrschende Lehre bernfen könnte, wenn uns das vorzitierte Quellenmaterial nicht überliefert wäre. Sagt doch derselbe Gaius, wie wir gesehen haben, eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatnm. Wird daher die res vendita dem Verkäufer gestohlen, so wird er nur dann nicht hafteu, wenn der Diebstahl entweder nicht voraussehbar war — er wird von einer Person ausgeführt, von der eine derartige Handlung nicht zu erwarten war —, oder wenn die Sache dem venditor mit Anwendung von Gewalt abgenommen wnrde. Si ea res, sagt Neratius l. 31 pr. D. 19, 1, qnam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit: quamvis eam custodire debnerim, tamen proprius est, nt nihil amplins quam actiones persequendae eius praestari a me emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit.

Windscheid nimmt in allen den Fällen[1]), in denen die römischen Juristen sagen, dass nur wegen vis maior, wegen

[1]) Cf. auch noch die Gegenüberstellung von höherer Gewalt und Schuld z. B. in l. 7 pr. D. 2, 13: . . . quas casu maiore, non neglegentia perdiderit; l. 11 § 5 D. 4, 4: . . . qnod fato contigit, cuivis patri familias qnamvis diligentissimo possit coutingere; l. 5 C. 7, 62: . . . si non vitio neglegentiae vestrae tempns, . . . exemptnm esse animadverterit, sed ex fatalis casus necessitate, . . . id accidisse cognoverit . . .; (vgl. § 233 CPO., § 203 BGB.; kein anderer Begriff der höheren Gewalt; ratio legis hier wie überall: ultra posse nemo tenetur. A. M. Zitelmann, Das Recht des BGB. S. 173). Cf. auch l. 2 § 3—9 D. 2, 11 nnd l. 24 §§ 2—11 D. 39, 2.

damnum fatale, wegen casus cui resisti non potest nicht gehaftet werde, eine Ungenauigkeit der Redeweise an (§ 264 N. 9); nach ihm soll diese strenge Haftung abgesehen von einer besonderen gesetzlichen Regelung nur dann eintreten, wenn sie vertraglich übernommen wurde[1]). Die einzige Stelle, auf die man sich zur Unterstützung dieser Ansicht berufen kann, dürfte wohl § 3a I. 3, 23 sein. Soweit sie hier interessiert lautet dieselbe:

Quodsi fugerit homo, qui veniit, aut surreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit: sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus est. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus.

Es fragt sich, ob wir annehmen sollen, dass diese Institutionenstelle mit grösserer Sorgfalt redigiert worden ist, als das gesamte im Vorigen zusammengestellte Quellenmaterial, so dass wir aus diesem Ausspruch der Institutionen mit grösserer Sicherheit entnehmen können, welchen Grad der Sorgfalt die

[1]) Jörs (in der Encyklopädie von Birkmeyer S. 124) lehrt, wie es scheint, im Anschluss an die Theorie Bruckners aber unter Modifikation derselben: neben der Haftung für dolus und culpa habe sich selbständig die für custodia entwickelt; diese Haftung erstrecke sich auch auf die Fälle, welche der diligentia gegenüber als Zufall erschienen, doch trete keine Haftung ein bei damnum fatale, vis maior, cui resisti non potest. Eine solche Haftung sei bei den einzelnen iudicia bonae fidei (z. B. a. commodati, pigneraticia, empti) gewohnheitsrechtlich anerkannt gewesen. — Vielleicht ist Jörs auch bereit, auf Grund des hier besprochenen Quellenmaterials mit uns wenigstens soweit zu gehen, zuzugeben, dass einmal im römischen Recht der Satz galt, dass wo immer auf die Behütung einer Sache Sorgfalt zu verwenden war, bis zur vis maior gehaftet wurde. — Diese strenge Haftung soll sich aber nach Jörs später gemildert haben. „Im klassischen Recht", sagt er, „galt als Regel, dass man für custodia nur dann und soweit einzustehen habe, als ein bonus pater familias die Sache vor Schaden bewahrt, oder mit andern Worten als die diligentia eine Bewachung erfordert haben würde (sog. culpa in custodiendo)." — Äusserst seltsam ist es dann aber, dass die klassischen Juristen, abgesehen von dem gelegentlichen Hinweis auf die diligentia des bonus pater familias, in ihren sachlichen Entscheidungen der weittragenden Änderung keine Rechnung tragen. Da liegt es nahe, bei den betreffenden Stellen nicht so sehr an eine Ungenauigkeit der Redeweise als an eine gedankenlose Abschreiberei älterer Juristen zu denken.

Klassiker von dem Verkänfer verlangten, als aus ihren eigenen Aussprüchen. Ich glaube aber, dass jeder unbefangene Beurteiler auch keinen Angenblick zweifeln wird, dass man bei der Erklärung des § 3 I. 3, 23 davon ausgehen muss, dass sich aus l. 2 § 1 und l. 3 D. 18, 6 in Verbindnng mit l. 18 pr. D. 13, 6 mit Sicherheit ergibt, dass Gaius nnd Paulns einen derartigen Grad von Sorgfalt vom Verkäufer erforderten, ut tantnm eos casns non praestet, qnibns resisti non possit. Aber l. 18 pr. gibt auch gleichzeitig einen Fingerzeig zur richtigen Beurteilnng der Institutionenstelle. Nach l. 18 pr. hatte der zu Sorgfalt Verpflichtete nur dann für das Abhandenkommen eines Sklaven zu haften, wenn er zn denjenigen gehörte, welche cnstodiri solent. Soweit daher die Institntionenstelle nur von Sklaven redet, besteht zwischen ihr und den Digestenentscheidungen keine Antinomie, wenn man nur annimmt, dass der Verfasser dieser Stelle hier an die Sklaven, die ausnahmsweise custodiri solent, nicht dachte. Insoweit kann somit diese Stelle sehr wohl von einem klassischen Jnristen herrühren; unvereinbar mit dem Rechte der Pandekten wird sie erst dnrch die nachfolgende Verallgemeinerung: Idem et in ceteris animalibns ceterisque rebus intellegimus. Ich nehme daher an, dass der erste Teil der Institutionenstelle, soweit sie oben wiedergegeben ist, aus der Schrift eines Klassikers stammt, dagegen die letztere Bemerkung einen unüberlegten Zusatz des Verfassers der Institutionen bildet.

Anch die strenge Haftung des horrearius soll sich nach Windscheid daraus erklären, dass derselbe, wenn auch nur stillschweigend, eine besondere persönliche Obhut und Fürsorge vertraglich übernehme.

Ich bin nnn auch der Meinung, dass die Römer regelmässig angenommen haben, der horrearins übernehme durch Annahme der bei ihm hinterlegten Gegenstände stillschweigend die custodia über dieselben; ich bin aber auch ferner der Meinung, dass ohne eine derartige Unterstellung einer stillschweigenden Übernahme der cnstodia der horrearius überhanpt nicht diligentia zu prästieren hätte.

Der horrearius ist locator (cf. l. 60 §§ 6 und 9 D. 19, 2; l. 1 C. 4, 65). Es sind nun aber an sich nur zwei Möglich-

keiten gegeben: entweder er ist locator rei oder operarum. Gänzlich unverständlich ist mir aber, wie man sich für die letztere Möglichkeit entscheiden kann, was offenbar Windscheid tut (§ 401 N. 2). Welche operae verspricht denn der horrearius, welcher doch lediglich einen Teil seines Magazins, eventuell sein ganzes Magazin gegen Entgelt zum Zweck der Hinterlegung überlässt (l. 5 pr. D. 10, 4: posuit; l. 1 C. 4, 65: ex depositis rebus, depositarum rerum; l. 3 § 2 D. 1, 15: reponunt; cf. auch l. 56 D. 19, 2). Man könnte höchstens an eine locatio conductio operis denken; damit verträgt sich aber nicht, dass die Römer den horrearius als locator bezeichnen[1]. Nun liegt aber nach römischem Recht dem locator an und für sich bezüglich der in den vermieteten Räumen befindlichen Gegenstände keine custodia ob. Regelmässig ist ja überhaupt der Vermieter gar nicht in der Lage, das Mobiliar seines Mieters zu überwachen, so z. B. nicht, wenn er ihm ein ganzes Haus oder eine Etage vermietet hat; aber selbst dann, wenn die Möglichkeit der Überwachung gegeben ist — es handelt sich z. B. um ein möbliertes Zimmer, zu dem die Hauswirtin in Abwesenheit des Pensionärs jederzeit Zutritt hat —, wird man den Vermieter nicht ohne weiteres mit der custodia belasten dürfen[2]. Hier muss noch hinzu kommen, dass der Vermieter die diligentia vertraglich übernimmt, sei es ausdrücklich oder stillschweigend. Mit Recht haben die Römer eine derartige stillschweigende Übernahme der custodia beim horrearius „im Sinne seines Geschäfts" angenommen, jedoch vernünftigerweise auch nicht stets, sondern nur in den Fällen, wo er besser in der Lage ist, die Obhut auszuüben, als der Mieter, nämlich dann, wenn er nur einen Teil seines Magazins dem letzteren überlassen, nicht aber dann, wenn er ihm das ganze Magazin vermietet hat (l. 60 § 9 D. 19, 2)[3].

[1] Die Römer sprechen von locatio horrei. Bruckner, der ebenfalls eine l. c. operarum annimmt, meint (a. a. O. S. 223): „Dieser Standpunkt, dem die römischen Juristen hier huldigen, ist ein mehr äusserlicher; ihrem inneren Wesen nach ist und bleibt die horrei locatio Dienstmiete."

[2] Windscheid selbst lässt den locator rei nur dann wegen neglegentia haften, wenn durch dieselbe die Unmöglichkeit der Gewährung des Gebrauchs des vermieteten Gegenstandes herbeigeführt wird (§ 400 N. 6).

[3] Vermietet ein nauta einen Teil seines Schiffsraumes, so ist aus

Wer aber vertraglich die cnstodia übernommen hat, haftet in gleicher Weise, wie der, dem sie gesetzlich obliegt; deshalb hat der dominns horreorum, der cnstodiam eorum recepit (hier ist offenbar an eine ausdrückliche Übernahme gedacht, denn es scheint sich nm die Vermietung mehrerer ganzer Magazine zn handeln), den Schaden zu ersetzen, der dem Mieter durch einen Einbrnchsdiebstahl entstanden ist (l. 55 pr. D. 19, 2: effractis et compilatis horreis). Denn Einbruchsdiebstahl gehört an und für sich nicht unter den Begriff der vis maior; es ist kein casus, cui resisti non potest, es sei denn, dass nicht bloss eine einfache effractura vorliegt, denen ganz besonders die horrea ausgesetzt waren (l. 3 § 2 D. 1, 15), sondern gleichzeitig vis, incnrsus, impetus praedonnm, latronum.

Man könnte nun aber einwenden, dass das Edikt über die Haftung des nauta, caupo nnd stabularius überflüssig gewesen wäre, wenn die Römer von jedem zur Sorgfalt Verpflichteten ein solches Mass von Sorgfalt erforderten, nt tantum eos casus non praestet, qnibns resisti non potest (Windsch. § 401 N. 2). Es ist jedoch zn bedenken, dass jedenfalls der caupo und stabularius sich vollkommen in demselben Rechtsverhältnis befinden, wie der horrearius; sie sind locatores rei, haften daher an sich gar nicht für custodia. Aber auch bezüglich des nauta, der einen Transport übernommen hat[1], war das Edikt keineswegs überflüssig. Bei unentgeltlicher Übernahme eines Transportes liegt selbstredend keine locatio conductio operis vor; die Römer haben aber auch mit Recht ein solches Geschäft nicht als Mandat angesehen. Dies erhellt schon ans der hier in Betracht kommenden l. 3 § 1 D. 4, 9: Si res perfe-

---

denselben Gründen, wie bei teilweiser Vermietung eines Magazins stillschweigende Übernahme der cnstodia anznnebmen, aber anch bei Vermietnng des ganzen Schiffsranmes muss hier stillscbweigende Übernahme der cnstodia angenommen werden, wenn der nanta selbst mit seinen Lenten den Transport ausführt, denn in diesem Falle ist wieder nnr der nanta, nicht der Befrachter, in der Lage, die custodia ausznüben. So erklärt sich die Entscheidung Ulpians l. 3 § 1 D. 4. 9: sed si tota navis locata sit, qui condnxit, ex condncto etiam de rebns, quae desunt, agere potest.

[1] Für den Fall, dass der nanta sein ganzes Schiff oder einen Teil desselben vermietet (wenn ein l. c. rei, nicht operis, vorliegt) cf. das in der vorigen Note Gesagte.

rendas nauta conduxit, heisst es dort, ex locato convenietur; sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. Natürlich konnte dann von einer custodia des nauta keine Rede sein. Erst wenn er merces[1]) erhielt und somit als conductor angesehen werden konnte, oder wenn er die custodia vertraglich übernahm, war es möglich, ihn wegen Nichtbeachtung derselben verantwortlich zu machen. Nichts anderes will auch l. 14 § 17 D. 47, 2 bezüglich dessen besagen, der den Transport eines Briefes übernommen hat. Er hat nur custodia zu prästieren, si custodiam eius rei recepit vel mercedem perferendae accepit. Es ist also nicht, wie Windscheid (§ 401 N. 2) meint, das Wort ‚perferendae', sondern vielmehr das Wort ‚mercedem' zu urgieren. Der Inhalt der custodia des bezahlten Briefboten, sowie des bezahlten fullo und sarcinator ist vollkommen derselbe; es ist deshalb nichts auffallendes, wenn nicht nur Ulpian den Briefboten in l. 14 § 17 D. 47, 2, sondern auch Gaius den fullo und sarcinator in l. 5 pr. D. 4, 9 in dieser Beziehung mit dem caupo, nauta und stabularius gleichstellt.

Aber auch für den Fall, dass diese drei Personen an und für sich schon nach Zivilrecht custodia zu prästieren hatten, gewährte ihren Kunden das Edikt doch ursprünglich einen erheblichen Vorteil. Die actio in factum war ohne weiteres begründet, ‚nisi restituent', also auch dann, wenn eine Verletzung der Sorgfaltpflicht nicht vorlag; Ulpian konnte daher durchaus zutreffend sagen: Hoc edicto omnimodo, qui recipit, tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit, denn dem Edikt selbst war die Einrede, der Schade sei durch einen casus maior verursacht worden, unbekannt. Diese Milderung der Haftung der nautae, caupones und stabularii ist wahrscheinlich erst durch die Jurisprudenz (Labeo) eingeführt worden[2]).

---

[1]) Cf. auch § 16 J. 4, 1: ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam praestat.

[2]) Zuzugeben ist, dass die Worte der l. 3 § 1 D. 4, 9: etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit, gegen meine Auffassung der Sorgfaltpflicht sprechen. Ist es aber richtig, dass uns das betreffende Edikt vollständig überliefert ist (cf. Karlowa, Rechtsgesch. Bd. II S. 1316) oder dass wenigstens das Edikt selbst nicht

Formell blieb auch nach dieser Änderung immer noch ein erheblicher Unterschied zwischen der Haftung dieser Personen und derjenigen eines Kommodatars, eines Verkäufers, eines Pfandgläubigers, eines conductor operis[1]); aber die custodia, welche die ersteren materiellrechtlich zu prästieren hatten, war keine andere, als die custodia der letzteren. Man hat die Unterscheidung zwischen einer custodia im technischen Sinne und einer diligentia in custodiendo erfinden müssen, um die Schwierigkeiten aus der Welt zu schaffen, die dadurch entstanden sind, dass man nicht erkannte, welches Mass der Sorgfalt die Römer im Verkehr für erforderlich hielten: dem römischen Recht ist diese Unterscheidung gänzlich unbekannt.

Man könnte gegen unsere Auffassung der diligentia noch folgendes einwenden: unvereinbar sei mit derselben, dass nach römischem Recht der, welcher sich bei der Einwirkung auf fremdes Vermögen eines Gehilfen bediene, nur culpa in eligendo zu prästieren habe. Es kommt aber darauf an, was man unter culpa in eligendo versteht; soll damit gesagt sein, dass der Betreffende nicht haftet, wenn er bei der Auswahl seines Gehilfen die Sorgfalt eines diligens pater familias im Sinne der herrschenden Meinung angewendet habe, dann ist dieser Rechtssatz allerdings mit unserer Auffassung unvereinbar; tatsächlich haben aber die Römer sich mit einer derartigen diligentia in eligendo nicht begnügt; auch hier sahen sie

von vis maior sprach, so kann Ulpian gar nicht so geschrieben haben; die Worte: nisi si quid damno fatali contingit, können nur von den Kompilatoren herrühren. Unmöglich auch kann Ulpian gesagt haben, dass Labeo um deswillen, inde, auf Grund der Billigkeit eine exceptio bei vis maior gegeben habe, weil der Rezipient bei damnum fatale nicht hafte; das wäre widersinnig. Die Worte: inde Labeo etc., werden nur dann verständlich, wenn man annimmt, dass vorher an Stelle des Sätzchens: nisi si quid damno fatali contingit, eine etwa dahin gehende Ausführung stand: Die Billigkeit erfordere indess, dass dem Rezipienten wenigstens gestattet werde, sich damit zu exkulpieren, dass für ihn der Schade unvermeidbar war.

[1]) Wäre die Theorie Bruckners richtig, dann hätten die römischen Juristen die Milderung der Haftung dieser Personen auch nur durch eine exceptio vis maioris vermitteln können. Von einer exceptio v. m. ist aber in den Quellen ausser in l. 3 § 1 D. 4. 9 keine Rede. Der Ausdruck: in hac actione vis maior non venit, dürfte wohl eher gegen wie für die Existenz einer solchen sprechen (cf. Br. a. a. O. S. 274).

nur diejenige Sorgfalt als ausreichend an, die im Verkehr, d. h. für die Sicherheit des Verkehrs erforderlich ist, der es gelang, einen Gehilfen auszuwählen, der idoneus, d. h. imstande war, alle casus zu vermeiden, quibus resisti potest. Wem es nicht glückte, einen derartigen Gehilfen zu finden, der machte sich eben der culpa in eligendo schuldig. Man kann dies auch so ausdrücken: wer sich eines Gehilfen bedient, haftet, wenn durch dessen Verschulden ein Schade entsteht. Er haftet dann nicht etwa wegen „schuldloser Schuld", er haftet, weil er durch seine Einwirkung auf das fremde Vermögen einen Schaden verursacht hat, der vermieden werden konnte. Handelt er selbst, dann gilt der Satz: ‚ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non potest'; wie sollte die Sicherheit des Verkehrs sich da mit einer weniger strengen Haftung begnügen können, wo er sich eines Gehilfen bedient?

Wer sich Silberzeug zur Ansicht bestellt, haftet nicht, wenn dasselbe bei der Rücksendung sine dolo et culpa sua perierit; er haftet also z. B. nicht, wenn der Bote Schiffbruch erleidet oder beraubt wird, denn naufragium, rapinae gehören zu den casus, quibus resisti non potest; lässt sich dagegen der Bote bestehlen, so liegt kein casus maior vor, auf den er sich berufen könnte. Ulpian erklärt daher ohne jede auch nur zu „subintelligierende" Einschränkung: Certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumve dederis, praestare te oportere Labeo ait (l. 20 § 2 D. 19, 5). Es nützt dem Auftraggeber auch nichts, wenn er bei der Auswahl des Boten mit der Sorgfalt eines diligens pater familias im Sinne der herrschenden Meinung verfuhr; denn schon der macht sich einer Verletzung seiner Sorgfaltpflicht schuldig, qui non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit (l. 11 D. 13, 6). Wer einem Boten, den der Eigentümer commonendi causa geschickt hatte, die geliehene Sache anvertraut, haftet ohne weiteres, wenn dieser sich mit derselben aus dem Staube macht (l. 12 § 1 D. 13, 6). Es genügt nicht, dass der possessor die navis petita Schiffern anvertraut, welche idonei zu sein scheinen; sie müssen wirklich idonei sein (l. 16 D. 6, 1). Bei der Auswahl ist eben unbedingt ein idoneus auszuwählen; wer hierin fehlt, ‚impru-

denter eligit' (l. 20 § 3 D. 3, 5). Ist dagegen die Wahl auf einen idoneus gefallen, dann tritt keine Haftung ein, denn der Schade, der dann noch entstehen kann, fällt unter den Begriff der casus maiores[1]). Darum lässt Julian den Kommodatar nicht haften, wenn sein Bote von Räubern getäuscht und gefangen genommen wird (l. 20 D. 13, 6); wir wissen aber aus l. 18 pr. D. 13, 6, dass die insidiae piratarum zu den casus gehören, quibus resisti non potest. Auch in l. 60 § 7 D. 19, 2 ist keine Rede davon, dass der, welcher einen mulio vermietet, durch dessen Schuld dem Mieter ein Schade entsteht, sich damit sollte entschuldigen können, dass er nicht habe erkennen können, dass der mulio ein nachlässiger mulio sei; Labeo sagt dort: si sine definitione 'personae mulionem a me conduxisti et ego eum tibi dedissem, cuius neglegentia iumentum perierit, illam quoque culpam me tibi praestaturum aio, quod eum elegissem, qui eiusmodi damno te afficeret. Damit will Labeo nichts weiter sagen, als dass der Vermieter dann haftet, wenn er einen mulio auswählte, der dem Mieter einen Schaden zufügte, der vermeidbar war — eiusmodi damnum.

Vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus gelangt man zu dem wenig befriedigenden Resultate, dass die Haftung des Handelnden weit geringer ist, wenn er sich eines Gehilfen bedient, als wenn er selbst Hand anlegt. Denn im ersteren Falle wird er schon frei ausgehen, wenn er geltend machen kann, dass der Gehilfe sich sonst stets als ein durchaus sorgfältiger Mann erwiesen habe; dagegen nützt es ihm im letzteren

[1]) Auf den ersten Blick lässt sich vielleicht aus l. 27 § 9 D. 9, 2 lesen, dass der Mieter, dessen Sklave einschläft, nicht haftet, wenn er bei der Auswahl des Sklaven vorsichtig war, selbst wenn der Sklave sich nachlässig benahm. Die Stelle muss jedoch so verstanden werden: nicht schon, wenn der fornicarius einschläft, haftet sein Herr, sondern nur, wenn letzterer sich keinen idoneus auswählte, das heisst, einen solchen, der sich einer Nachlässigkeit schuldig machte; in dem Einschlafen liegt aber an und für sich noch keine Nachlässigkeit, sondern nur, wenn der fornicarius nicht zuvor ignem ita muniit, ne evagetur. War seine Wahl auf einen fornicarius gefallen, der diese Vorsichtsmassregel nicht trifft, dann fällt ihm culpa i. e. zur Last; aber wenn der Sklave omnia, quae oportuit, observavit, caret culpa (l. 30 § 4 D. 9, 2); er ist dann ein idoneus und lässt sich mithin der Brand nur auf einen casus maior zurückführen.

Falle nichts, wenn er den Nachweis erbringt, dass er selbst äusserst sorgfältig ist. Bei der Auffassung Windscheids war es jedenfalls ratsamer, seine Verträge nicht selbst zu erfüllen, sondern die Erfüllung von einem Gehilfen ausführen zn lassen.

Eine derart gestaltete Haftpflicht ist aber zweifellos gar nicht geeignet, die Sicherheit des Verkehrs zu verbürgen. Es ist daher nicht zn verwundern, dass man alles versuchte, den Nachweis zu erbringen, dass nach römischem Rechte wenigstens der condnctor operis, bei dem sich die laxe Auffassnng der culpa in eligendo am meisten fühlbar machte, für das Verschulden seiner Leute hafte. Da man aber auf der andern Seite an der Theorie festhielt, dass nur ein solches Benehmen im römischen Recht als Nachlässigkeit angesehen wird, welches ein ordentlicher Mann sich nicht zu Schulden kommen lässt, so war es unmöglich, diese Haftung auf das Verschulden des conductor zurückznführen. Es galt daher, auf eine andere Weise diese Haftung zu begründen. Als bequemstes Erklärungsmittel stellt sich natürlich wieder eine Fiktion dar. Man sagt, der Prinzipal übernehme stillschweigend die Verhaftung für die Schuld seiner Gehilfen; bei dieser Erklärung wird man dem Unternehmer den Nachweis gestatten müssen, dass er stets der Meinung gewesen sei, er habe seine Pflicht getan, wenn er nur solche Leute verwende, die ihm als durchaus zuverlässig bekannt seien; gelingt dieser Beweis, dann wird man nicht mehr sagen können, dieser Prinzipal habe stillschweigend die Haftung für seine Leute übernommen. Dernburg greift in seinen Pandekten (II § 39) zu einer andern Erklärung. Er schreibt: „Ist nicht der Ausspruch von Gaius (l. 25 § 7 D. 19, 2) über die Haftung des Prinzipals für die Fehler der Gehilfen der praktisch vernünftige, entspricht er nicht der Tendenz, die überall bei den klassischen Juristen hervortritt, die Haftung für culpa zu verstärken! Wozu ihn also wegdeuten bloss zu Ehren eines Prinzips, welches vollständig durchzuführen doch nicht tunlich ist und das die Römer in vielen Fällen durch Ausnahmen durchbrachen." Dieser Erklärungsversnch Dernburgs hätte stutzig machen sollen. Der wahre, tiefere Grund, warum die moderne Theorie und Praxis dazu übergegangen sind, den Unternehmer für das Verschulden seiner Gehilfen haften

zu lassen, war nicht der, dass man durch die Auslegung der Quellen die felsenfeste Überzeugung gewonnen hatte, dass die Römer so entschieden hatten; der wahre Grund war der, dass die entgegengesetzte Ansicht die Sicherheit des Verkehrs nicht verbürgte. Von dieser Erkenntnis beeinflusst leitete man aus dem Ausspruch des Gaius die richtige Norm ab. Ehe man dieselbe aber als eine Ausnahme von dem Verschuldungsprinzip hinstellte, hätte man sich zunächst die Frage vorlegen sollen, wie es denn möglich sei, dass ein Prinzip, das in erster Linie berufen ist, die Rechts- und Verkehrssicherheit zu gewährleisten, da versagen sollte, wo es sich allein um diesen Zweck handelt; ehe man dazu überging, das Vorliegen einer Ausnahme oder gar vieler Ausnahmen von diesem Prinzip zu konstatieren, hätte man die Formulierung dieses Prinzipes selbst einer Revision unterwerfen sollen. Hätte man dies ernstlich getan, so hätte man erkennen müssen, dass man künstlich eine berühmte Streitfrage gezüchtet hatte, zu der der Stand der Quellen gar keine Veranlassung bot; denn man hätte eingesehen, dass in der Tat beide Parteien Recht hatten; die eine, wenn sie eigenes Verschulden des Unternehmers erforderte, die andere, wenn sie daran festhielt, dass der Prinzipal ohne Einschränkung für das Verschulden seiner Gehilfen haften sollte. Den Autoren des BGB. wäre dann auch nicht in den Sinn gekommen, den Schuldner, der gar nicht in der Lage ist, sich der Einwirkung auf fremdes Vermögen zu enthalten, strenger für seine Gehilfen haften zu lassen, als den Nichtschuldner (§§ 278, 831). Kein vernünftiger Mensch wird es verstehen[1], warum ein Fuhrunternehmer, dessen sonst sorgfältiger Knecht in betrunkenem Zustande einen Unfall herbeiführt, bei dem Fahrgäste und Passanten verletzt werden, den ersteren zum Ersatze des Schadens verpflichtet sein soll, nicht aber den letzteren[2]. Die Norm des Art. 1384 code civil, welche nicht zwischen

---

[1]) Cf. dazu Unger, Handeln auf eigene Gefahr S. 62, insbes. S. 67.

[2]) Es ist anzunehmen, dass das Vehikel ein Automobil ist, sonst könnte man wegen § 833 BGB. einwenden, der Fuhrunternehmer hafte doch nach diesem Gesetze in beiden Fällen.

Schuldner und Nichtschuldner unterscheidet, verdient entschieden den Vorzug[1]).

Hätte man richtig erkannt, welche Sorgfalt die Römer im Verkehr für erforderlich hielten, dann wäre eine weitere, nicht zn der gleichen Berühmtheit gelangte, wie die bisher besprochene, aber praktisch nicht minder bedeutnngsvolle Streitfrage nicht entstanden.

Geht ein Bau, den A für B auf dem Grundstücke des letzteren errichtete nnd der von der Art war, ut probari deberet, noch vor der Ablieferung zugrnnde, so entsteht die Frage, ob hierdurch der Arbeiter seinen Anspruch auf die Gegenleistung verliert, oder nicht.

Dernburg (Pand. II § 113) äussert sich hierzu folgendermassen: „Bestritten ist die Gefahr, d. h. die Frage, ob dem Unternehmer in Fällen znfälliger Vernichtung oder Verschlechterung des nnternommenen Werkes gleichwohl der Lohn gebührt. Natürlich geht die Gefahr auf den Besteller über, wenn er das Werk abgenommen hat oder hätte abnehmen sollen. Dagegen trägt bis dahin der Unternehmer die Gefahr, denn die Vergütnng ist ihm für das vollendete Werk zugesagt. Aber striktes Festhalten an diesen Grundsätzen wäre hart. Sie erleiden deshalb folgende Modifikationen aus billiger Rücksicht anf die aufgewendete Arbeit: a) Trat Untergang des Werkes infolge des vom Besteller gelieferten Materials ein, so trifft die Gefahr ihn, er hat also verhältnismässigen Lohn zu vergüten. b) Das gleiche ist der Fall, wenn das Werk durch

[1]) Hat der Angestellte nicht in Ansführung der Verrichtnng, sondern bei Gelegenheit der Ausführung einer Verrichtung einen Dritten geschädigt, so kann von einer Haftung des Geschäftsherrn nnr dann die Rede sein, wenn für ihn aus einem besonderen Grnnde die Pflicht znr Vermeidnng des Schadens gegeben ist — z. B. es liegt der Tatbestand der Behütnngspflicht vor. Der Behütnngspflichtige hat Sorge zn tragen, dass die zn behütende Sache (z. B. das gemietete Hans) nicht durch die Lente geschädigt werde, denen er znm Zweck der Ausführung einer Verrichtnng oder zn einem anderen Zweck Zutritt zu der zn behütenden Sache verschafft. Unmögliches kann aber auch hier nicht von ihm verlangt werden; kann er daher nicht voraussehen, dass die betreffenden Lente Unheil stiften werden, so haftet er nicht (l. 27 § 11 D. 9, 2; l. 11 pr. D. 19, 2).

höhere Gewalt zerstört wird, welche durch technische Vorkehrungen nicht auszuschliessen war, z. B. durch Erdbeben".

Das mutet seltsam an: eine Gefahrtragung, die die vis maior nicht miteinbegreift! Nach Dernburg soll die Gefahr den Unternehmer um deswillen treffen, weil die Vergütung ihm für das vollendete Werk zugesagt wird. Wie verträgt sich damit aber die l. 59 D. 19, 2? „Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat, deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu hoc acciderit, Flacci esse periculum." Dernburg überwindet diese Schwierigkeit, indem er die Entscheidung des Sabinus zu einer tiefgreifenden Ausnahme stempelt. Ich meine, diese Ausnahme ist derart tiefgreifend, dass damit die Begründung, welche er für die Gefahrtragung des Unternehmers gibt, schlechterdings unvereinbar ist.

Wir werden uns an anderem Orte näher mit der Frage der Gefahrtragung beschäftigen müssen, aber ich meine, es könnten überhaupt gar keine Zweifel darüber bestehen, dass grundsätzlich der die Gefahr tragen müsse, dessen Vermögen verletzt worden ist; denn wie sollte ein anderer, der den Schaden nicht verschuldet, auch vertraglich nicht übernommen hat, mit demselben ohne Verletzung des Schutzzweckes oder, wie man ebenso gut sagen könnte, ohne Verletzung aller Billigkeit belastet werden können? Schwierig mag im einzelnen Falle nur die Frage bleiben, wessen Vermögen verletzt worden ist. Bei der locatio conductio regularis — und nur eine solche kommt hier in Betracht — kann aber ernstlich nicht bestritten werden, dass das Werk, soweit es vollendet ist, sich auch im Vermögen des locator befindet[1]). Dernburg durfte sich daher

[1]) Zweifeln könnte man eher, wenn Gegenstand der l. c. op. nicht ein Bau, sondern ein Transport ist. Dass die Römer aber auch hier angenommen, dass schon vor Vollendung desselben der Besteller durch die teilweise Ausführung etwas in sein Vermögen „erlangt" habe, zeigt sich aus der Entscheidung des Paulus in l. 10 pr. D. 14, 2. Ist seitens des Frachtführers nichts geleistet, so hat er naturgemäss auch keinen Anspruch auf Lohn; denn der Besteller verpflichtet sich nicht schlechthin zur Zahlung des Lohnes, sondern nur unter der Voraussetzung, dass ihm ein Äquivalent geleistet werde. Ob ein Schiffer durch Sturm, oder ein Maler durch einen Ochsen an der Beschaffung seiner Leistung verhindert wird, macht keinen Unterschied.

nicht durch das Wort ‚periculum‘ zu der Annahme verleiten lassen, die Entscheidungen der römischen Juristen in l. 33, 36, 37, 59, 62 D. 19, 2 enthielten eine Regelung der Gefahrtragung. Das Wort periculum ohne weiteren Zusatz bezeichnet in den Quellen ebenso häufig die bei Anwendung von Sorgfalt vermeidbaren, wie unvermeidbaren Nachteile. Es hat somit eine ganz andere Bedeutung wie unser technischer Ausdruck ‚Gefahr‘. Die Wendung ‚periculum est alienius‘ will nur besagen, jemand hat das detrimentum, von dem eine Sache betroffen wird, zu tragen; dabei bleibt aber die Frage, in welchem Umfange das geschieht, offen; sie konnte offen bleiben, da es für die Römer selbstverständlich war, dass die vermeidbaren Gefahren der zu ihrer Vermeidung Verpflichtete, alle übrigen der Vermögensinhaber zu tragen hatte (casus sentit dominus). Im einzelnen Falle konnte aber die Frage entstehen, welches periculum noch als periculum culpae, custodiae anzusehen war, welches nicht, wie es auch zweifelhaft sein konnte, wer der Vermögensinhaber war (emptor). Die erstere Frage entscheidet Florentin in l. 36 D. 19, 2 für die locatio conductio operis dahin, dass der conductor alle die Gefahren tragen soll, die ihren Grund nicht in einer vis maior haben, letztere sollen den locator treffen. Florentin würde nur dann bei dieser Auffassung den Vorwurf „grosser Unklarheit des Ausdruckes“ verdienen, wenn das Wort periculum bei den Römern regelmässig dieselbe Bedeutung, wie unser Wort Gefahr gehabt hätte und nur ausnahmsweise damit die vermeidbaren Gefahren bezeichnet worden wären. Florentin hätte sich hier ebenso gut dreimal des Wortes detrimentum bedienen können (cf. l. 37, 62 D. 19, 2).

Windscheid entscheidet auf Grund des in Betracht kommenden Quellenmaterials unsere Frage dahin, dass der Arbeiter seinen Anspruch auf Gegenleistung nicht verliert, wenn das gefertigte Werk ohne seine Schuld zugrunde geht. Das ist richtig, wenn man unter Sorgfalt versteht, was ich darunter verstehe, sonst aber nicht. Man nehme an, es handle sich um den Bau eines grossen Theaters, bei welchem weit über hundert Arbeiter beschäftigt werden. Da wird man es nach Lebensbegriffen nicht zu den Obliegenheiten eines ordentlichen Bauunternehmers rechnen, dass er stets persönlich, nachdem die Arbeiter den Bau verlassen haben, alle von ihnen dort zurück-

gelassenen Kleidungstücke daraufhin untersucht, ob sich nicht in irgend einer Tasche eine brennende Pfeife befindet. Gleichwohl wird der Unternehmer aber nach dem Quellenmaterial, auf welches Windscheid seine Ansicht stützt, haften müssen, wenn durch eine zurückgebliebene Pfeife ein Brand entsteht, der den Bau zerstört. Denn auf vis maior kann man diesen Unfall unmöglich zurückführen, auch wird der Unternehmer nicht geltend machen können, dass ein casus vorliege, den nullum humanum consilium providere potuit. Die Römer verlangen eben von dem zur Sorgfalt Verpflichteten nicht nur die Sorgfalt eines nach Lebensbegriffen ordentlichen Mannes, denn die genügt der Sicherheit des Verkehres nicht, wie unsere Frage deutlich lehrt; sie verlangen vielmehr von ihm das Menschenmögliche. Der Unternehmer soll dafür sorgen, dass durch eine Pfeife nicht ein Brand entsteht; sicher geht er nur, wenn er selbst nachsieht; lässt er sich bei dieser Kontrolle von einem andern vertreten, so fällt es unter sein periculum custodiae, wenn der sonst sorgfältige Mann einmal fehlt.

Das Resultat unserer Untersuchung ist: die Entscheidung Windscheids ist theoretisch richtig, der conductor operis hat nur culpa zu prästieren; aber nach dem, was Windscheid unter Verschulden versteht, entspricht sie nicht den Quellen. Die Entscheidung Dernburgs trifft sachlich das Richtige; aber theoretisch ist sie zu verwerfen, denn sie ist geeignet, eine bedenkliche Grenzverwirrung zwischen den Begriffsgebieten des Verschuldens und der Gefahr herbeizuführen.

War einmal der Begriff der Gefahr verwendet, da lag es nahe, die mit ihm unverträglichen Ausnahmen fallen zu lassen; den Schritt haben denn auch die Autoren des BGB. getan (§ 644). Damit ist allerdings der Begriff der Gefahr gerettet, aber die Billigkeit erdrosselt; meinte doch wenigstens Dernburg, es sei hart, den von ihm angezogenen Begriff der Gefahr schlechthin durchzuführen. Auf den Leichenstein der Billigkeit aber schreibt Planck ohne jede Reue: „Es macht keinen Unterschied, ob der Untergang oder die Beschädigung durch einen Zufall herbeigeführt ist, den der Unternehmer als häufiger vorkommend von vornherein in Anschlag bringen musste, oder ob der Schaden durch ein ganz ungewöhnliches

oder in keiner Weise abzuwendendes Ereignis veranlasst ist" (II S. 384)[1]).

Entspricht die Rechtsordnung in dem einen oder andern Punkte nicht dem Schutzzweck, mit andern Worten, ist das von ihr gesetzte Recht kein ius aequum et bonnm, sondern ein unbilliges Recht, so leidet notwendigerweise der einzelne, der sich einem derartigen Rechtssatz fügen muss, nicht aber die Gesellschaft, die allein in der Lage ist, an Stelle des unbilligen Rechtes ein billiges Recht zu setzen; sie lässt daher zunächst das Übel auf sich beruhen. Wird die Gesellschaft aber selbst in Mitleidenscbaft gezogen, so hilft sie sicb. Dies ist aber überall dann der Fall, wenn infolge des lebhafter gewordenen Verkehrs das Übel als ein allgemeines empfnnden wird.

Es ist hiernach nicht zu verwnndern, dass im verflossenen Jahrhuudert zunächst die Gesetzgebung, die über die Interessen des gewaltig sich entwickelnden Handels zu wachen batte, eine Reihe von wichtigen Rechtssätzen, die in ihrer dermaligen Gestalt der Sicherheit des Verkehrs nicht entsprachen, einer Revision zu unterziehen begann. Die Grundprinzipien des römischen Sachenrechts waren von Hans aus derart zweckwidrig, derart unbillig, dass man hier vor allem die bessernde Hand anlegen musste. So beseitigten die Art. 306 nnd 307 des ADHGB. die unbedingte Dinglichkeit der römischen Sachenrechte. Es war dies ein grosser Fortschritt, gleichwohl aber nur halbe Arbeit, wie wir noch seben werden. Der allein dem Schutzzweck entsprechende Grnndsatz ist zurzeit nocb in § 935, 2 auf ein enges Anwendungsgebiet beschränkt; dass er sich aber zuerst bei den Inhaberpapieren hat Anerkennung erzwingen können, erklärt sich wieder daraus, dass sich sein Fehlen für den grossen Verkehr, also die Gesellschaft, hier am meisten fühlbar macben würde. Am römiscben Obligationenrecht wäre wohl

[1]) In den Protokollen (127) liest man: „Die in § 576 Satz 1 aufgestellte Regel, nach welcher der Übernehmer die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes trage, entspreche dem Wesen des Werkvertrages, welcher darin bestehe, dass der Vertrag auf die Herbeiführung eines Erfolges gerichtet sei." Diese Begründung darf der nicht übersehen, der eine neue Auflage zu Jherings „Im juristischen Begriffshimmel" besorgen will.

kaum etwas zu verbessern gewesen, hätte die Theorie dasselbe nicht verdorben. Aber so empfand man bei denjenigen Rechtsverhältnissen, bei denen am häufigsten infolge von Eingriffen auf fremdes Vermögen Schäden entstehen, dass man mit der diligentia des diligens pater familias, so wie sie die moderne Doktrin ausgestaltet hatte, nicht auskommen konnte. Dieser Erkenntnis verdanken wir den § 25 des Preuss. Gesetzes über die Eisenbahnunternehmnngen vom 3. November 1838 (cf. dazu Art. 105 EGBGB.), die Art. 395, 423 und 607 ADHGB. Denselben Rechtsgedanken griffen dann das Postgesetz vom 28. Oktober 1871 und das Haftpflichtgesetz vom 7. Juni desselben Jahres auf. Man stellte damit im einzelnen das Mass von diligentia wieder her, das die Sicherheit des Verkehrs allgemein erheischt. Wir haben gesehen, dass bereits eine Richtung in der Doktrin des gemeinen Rechts wenigstens den conductor operis für Verschulden seiner Leute haften liess, ein Rechtsgedanke, den das BGB. auf alle Schuldverhältnisse übertragen hat. Aus dem gleichen Gesichtspunkt erklärt es sich endlich, wenn das Reichsgericht in vielen Entscheidungen aus einem „besonderen Rechtsgrnnde“ Haftnng eintreten lässt, wenn sich auf der einen Seite die Verletzung der Sorgfalt eines „ordentlichen Mannes“ nicht feststellen lässt, aber auf der andern Seite die Rechtssicherheit die Haftung offenbar erfordert (cf. unten § 16). Man liess es aber bei diesen Einzelheiten bewenden, da die Gesellschaft in ihrer Gesamtheit im übrigen unter der laxen Auffassung der Sorgfaltpflicht nicht gelitten hatte.

Wie sehr aber auch hiernach die Wiederherstellung der strengen Haftung durch die moderne Rechtsentwickelung zu billigen ist, so fragt es sich doch, ob die Art und Weise, in der die genannten Gesetze die Grenze der Haftung abstecken, vor allem die Verwendung des Begriffs, besser gesagt, des Wortes: höhere Gewalt, eine besonders glückliche war.

Die Römer sprechen von damna fatalia, fatum, casus quibus resisti non potest, casus maiores, casus fortuiti, vis, vis maior, vis divina, θεοῦ βία u. dgl. m., wenn sie Ereignisse bezeichnen wollen, die man nicht vermeiden konnte, sei es um deswillen, weil sie nicht voraussehbar waren, sei es aus einem andern Grunde. Dabei hatte aber offenbar keiner dieser Ausdrücke,

was man vielfach behauptet hat, die Bedeutung eines Kunstausdrucks, vor allem nicht der Ausdruck ‚vis maior', der ja zweifellos nicht einmal wie die erstgenannten alle die hier in Frage kommenden Ereignisse umfasst, nämlich die nicht, welche nur mangels Voraussehbarkeit nicht vermeidbar sind. Die moderne Gesetzgebung lässt nun in den erwähnten Bestimmungen die Haftung nur dann nicht eintreten, wenn die Beschädigungen durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes oder durch höhere Gewalt eingetreten sind. Offenbar sollen darunter auch die nicht voraussehbaren Ereignisse verstanden sein; man darf sich aber nicht darüber wundern, wenn der iudex pedaneus in hunderten von Fällen seinem natürlichen Sprachgefühle folgend die Absicht des Gesetzgebers verkennen wird; dagegen stellt das Oberlandesgericht Hamburg den Satz auf, dass nur die nicht voraussehbaren unabwendbaren Ereignisse als höhere Gewalt aufzufassen sind (cf. RGE. Bd. 44 S. 28). Bei dieser Theorie würden die sämtlichen Ereignisse, welche die Römer als höhere Gewalt ansahen, für diesen Begriff überhaupt nicht in Frage kommen.

Es war hiernach ein Missgriff des Gesetzgebers, den Begriff der höheren Gewalt als einen juristisch bedeutsamen hervorzuheben, der nur um deswillen in einem milderen Lichte erscheint, weil wir dieser Tatsache einige vorzügliche Monographieen verdanken. Der Grund, warum die betreffenden Personen nicht für die Beschädigungen haften, welche durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes entstehen, ist mit dem, welcher die Haftung wegen höherer Gewalt nicht eintreten lässt, vollkommen identisch. Hier wie dort handelt es sich um unvermeidbaren Schaden, um casus cui resisti non potest. Und fragt man weiter, warum beim Vorliegen eines casus maior nicht gehaftet wird, so ist die Antwort unabweisbar, dass es sich hier nur um eine Anwendung eines Grundsatzes von allgemeinster Bedeutung handelt: „Impossibilium nulla est obligatio." Jede Verpflichtung findet in der Unmöglichkeit ihrer Erfüllung ihre notwendige Grenze. Der Schutzzweck, die Sicherheit des Verkehrs erfordern, dass die Rechtsordnung von dem zur Sorgfalt Verpflichteten das Äusserste, das Menschenmögliche verlangt, aber der Schutzzweck, die iustitia, quae suum cuique tribuit,

kann auf der andern Seite nicht das Unmögliche verlangen, soll anders nicht das Postulat der Gleichmässigkeit des Schutzes negiert werden. Unmöglich ist es aber, einen Schaden zu vermeiden, der durch einen casus entstanden ist, quem nullum humanum consilium providere potest vel cui resisti non potest; oder wie Dernburg schön sagt, „der aller menschlichen Kraft und Vorsicht spottet.“ Die Pflicht des Schuldners ist die, zu erfüllen; aber ist die Erfüllung ihm gänzlich unmöglich, weil der Leistungsgegenstand untergegangen oder seiner Verfügungsgewalt entzogen ist, so entfällt seine Pflicht; kann er zeitweilig nicht erfüllen, fehlt ihm die facultas restituendi (cf. oben S. 97; Windscheid § 277 N. 4), so kann er wegen seines Verzuges nicht haftbar gemacht werden. In den beiden letzteren Fällen kann nur in Betracht kommen, ob nicht aus einem sonstigen Grunde der dem Gläubiger zugefügte Schade auf ein Verschulden des Schuldners zurückzuführen ist, was, wie wir sehen werden, schon stets darin zu erblicken ist, dass er eine unmögliche Leistung übernahm; bei der ursprünglichen Unmöglichkeit kommt es daher auf ein „sonstiges Verschulden“ nicht an; bei der nachträglichen Unmöglichkeit kann aber nur dann von einem Verschulden des Schuldners die Rede sein, wenn er die ihm in einigen Fällen obliegende Pflicht, den Eintritt der Unmöglichkeit zu vermeiden, verletzte.

Ich habe die feste Überzeugung, dass sich noch viele Rechtssätze, deren innere Verwandtschaft bei der wesentlich historischen Behandlung des Rechtsstoffs gar nicht erkannt werden konnte, von selbst als Folgen ein und desselben höheren Prinzips darstellen werden, wenn erst die systematische Bearbeitung des Rechtsstoffes die herrschende geworden sein wird, und wenn man erst allgemein erkannt haben wird, dass die juristische Logik sich nicht leichthin bei Ausnahmen, selbst nicht bei tiefgreifenden beruhigen, niemals aber der Fiktion bedienen darf.

§ 15.

Wir werden nunmehr zu untersuchen haben, welche Folgerungen sich bei der römischen, allein dem Schutzzweck entsprechenden Auffassung der Sorgfaltpflicht aus dem aquili-

schen Grundsatze ergeben. Was zunächst die rein indifferenten Handlungen anbetrifft, so stellten wir oben fest, dass der, welcher eine solche vornehmen will, unbedingt Sorge tragen muss, dass durch Vornahme derselben kein fremdes Gut geschädigt wird. Raucht jemand in einem Walde und wird durch einen Funken seiner Pfeife der Wald in Brand gesetzt, so wird er sich nicht darauf berufen können, dass er alle nur erdenklichen Vorsichtsmassregeln getroffen habe, um diesem Ereignis vorzubeugen; er hat eben nicht alles getan, was er tun konnte, er hätte das Rauchen unterlassen können.

Wer da, wo Menschen und Haustiere zu verkehren pflegen, Fallgruben anlegt, um wilde Tiere zu fangen, ohne zur Anlegung der Gruben berechtigt zu sein, wird, wenn in eine solche ein Mensch oder ein Haustier hineinfällt, nicht geltend machen können, dass er alle Sorgfalt aufgewendet habe, um einen derartigen Unfall zu vermeiden, denn er hat eben nicht die zur Sicherheit des Verkehrs erforderliche Sorgfalt prästiert, wenn er überhaupt an einem derartigen Orte Fallgruben anlegt. Fällt ein Mensch in die Grube, der selbst bereits culpae capax ist, so mag ihn immerhin das eigene Verschulden des Verunglückten von der Haftpflicht befreien; Voraussetzung bleibt aber auch hier stets, dass der Verunglückte bei Anwendung von Sorgfalt in der Lage war, den Unfall zu vermeiden (si evitare potuerit). Fällt aber eine Person, die culpae non capax ist, oder ein Haustier in die Grube, so kann natürlich auch konkurrierendes Verschulden des Verletzten nicht in Frage kommen (cf. l. 28, l. 29 pr. D. 9, 2).

Spielt jemand auf einem Platze, der nicht zum Spielen, sondern für den Verkehr bestimmt ist, mit Bällen, so wird er unbedingt haften müssen, wenn er jemand verletzt, mag er sich auch alle Mühe gegeben haben, dies nicht zu tun, insbesondere sich stets mit aller Mühe vergewissert haben, dass niemand des Weges kam. Kam doch jemand in sein Wurffeld, so hat er ihn eben übersehen. Auch wird er an dieser Stelle sich kaum auf konkurrierendes Verschulden des Vorübergehenden berufen können; es ist nicht Sache des letzteren, an diesem Orte, der dem Verkehr dienen soll, seinen Bällen aus dem Wege zu gehen, sondern Sache des Spielers, an einem derartigen Orte

überhaupt nicht zu spielen. Ulpian lässt in l. 9 § 4 D. 9, 2 Spieler, welche einen vorübergehenden Sklaven verletzten, nicht haften, weil der Sklave auf dem Spielfeld nichts verloren hatte: quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere. Dies trifft hier nicht zu.

Das Oberlandesgericht zu Hamburg scheint anderer Ansicht zu sein. Es hatte die Frage zu entscheiden, ob ein Turnverein für die Körperverletzung haften solle, welche durch einen Schleuderball entstanden war, der über den Turnplatz hinausflog. Es wurde eine hochschwangere Frau an den Leib getroffen. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen, da sich nicht behaupten lasse, dass der beklagte Verein es an den allgebräuchlichen Vorsichtsmassregeln hätte fehlen lassen (Seuff. Arch. Bd. 53 Nr. 227). Ich will auf diese Entscheidung selbst, die weder dem Schutzzweck entspricht, noch das Rechtsgefühl befriedigen dürfte, nicht eingehen; hier interessiert aber eine Erwägung aus den Urteilsgründen. Man liest dort: „Derartige Personen, welche, wie die Ehefrau des Klägers, schon durch Anstossen von Passanten geschädigt werden können, werden sich immer nur mit besonderer Vorsicht in der Öffentlichkeit bewegen können und dennoch stets besonderen Gefahren ausgesetzt sein. Mit Recht hat der Sachverständige darauf hingewiesen, dass eine schwangere Frau auch durch einen Fussball (welcher leichter ist als ein Schleuderball) verletzt werden kann, wenn er sie gerade (wie hier) an den Unterleib trifft. Gerade das Fussballspiel wird aber, besonders von Schülern unter Leitung ihrer Lehrer, auf öffentlichen, mitten in der Stadt liegenden und von belebten Fussgängerwegen durchzogenen Plätzen fast täglich gespielt. Auch das Werfen der Knaben mit kleinen Gummibällen, wie es überall auf den Strassen stattfindet, kann Gefahren mit sich bringen, z. B. dann, wenn ein solcher Ball ein mit einem Glase bedecktes Auge trifft und das Glas ins Auge dringt. Ein derartiges, stets beobachtetes, unter den Augen der Behörden stattfindendes und immer geduldetes Treiben darf, wenn der dabei theoretisch stets mögliche Unfall einmal eintritt, nicht dem Betreffenden als Verschulden angerechnet werden."

Diese Erwägungen des Oberlandesgerichtes wären durchaus

zu billigen, wenn das Vermögensrecht nur die Aufgabe hätte, da Schutz zu gewähren, wo die öffentliche Sicherheit in Frage steht; Zweck des Vermögensrechtes ist es aber, jedem schutzwürdigen Vermögensinteresse, auch wenn das Gesellschaftsinteresse unmittelbar nicht in Betracht kommt, allen nur möglichen Schutz angedeihen zu lassen. Hier daher, wo der Handelnde an der Vornahme der Handlung kein rechtlich anerkanntes und, wenn man den Ausdruck einmal gestattet, wohlerworbenes Interesse hat, muss das Recht schlechthin die Vermeidung fremden Schadens verlangen; denn hier kann sie diese Pflicht ohne Verletzung eines schutzwürdigen Interesses des Handelnden aufstellen. Dass die Römer nicht erst warteten, bis ein Treiben polizeiwidrig wurde, dass sie vielmehr selbst da rücksichtslos den aquilischen Grundsatz in seiner ganzen Strenge bei lediglich indifferenten Handlungen zur Anwendung brachten, wo diese Handlungen derart sind, dass die Gesellschaft sie gar nicht entbehren kann, beweist die strenge Haftung, mit der sie Kontrahenten belastet.

Wer kontrahiert, befindet sich selbstredend stets bezüglich der Möglichkeit der Verletzung des Vermögens des Mitkontrahenten in mala fide; seine Pflicht ist es daher, da er die Rechtshandlung nicht in Ausübung eines rechtlich begründeten Interesses vornimmt, jede Schädigung des andern Teiles zu vermeiden, nötigenfalls durch Unterlassung der Handlung. An diesem Grundsatz haben die Römer ausnahmslos festgehalten; nur tritt seine Wirksamkeit vielfach nicht zutage, da er durch das Prinzip, dass der Vermögensinhaber in erster Linie seine Interessen selbst wahrzunehmen hat, oft durchkreuzt wird [1]. Wo letzteres aber nicht in Betracht kommt, ist er stets nachweisbar.

Aus diesem Grundsatz erklärt sich die Haftung wegen Eviktion [2]) (cf. unten § 22), ferner die Haftung des Deponenten und Mandanten, wenn durch den Geschäftsgegenstand dem Depositar oder Mandatar ein Schade entsteht (cf. unten § 23);

[1]) Über die sich hierdurch ergebenden Modifikationen vgl. den folgenden Abschnitt.

[2]) Wer eine Sache verkauft, muss wissen, ob sie ihm gehört (Jhering, Schuldmom. S. 46).

African führt hier die Haftung dieser beiden Personen ausdrücklich auf ihr Verschulden zurück (cf. l. 62 § 5 D. 47, 2: culpam eorum ipsis potius damnosam esse debere); aus dem gleichen Grunde erklärt sich die Haftung des Schuldners bei ursprünglich unmöglicher Leistung, sei es nun, dass sie objektiv, sei es dass sie subjektiv unmöglich ist.

Jhering [1]) ist vollkommen beizupflichten, wenn er schon darin ein Verschulden erblickt, dass jemand kontrahiert, ohne seiner Sache „völlig gewiss zu sein". Bei der herrschenden Auffassung der Sorgfaltpflicht erscheint allerdings diese Ansicht unannehmbar [2]).

Windscheid glaubt die Haftung bei objektiv unmöglicher Leistung mit folgender Erwägung erklären zu können: „Das Recht wolle, dass der Empfänger einer Willenserklärung sich darauf muss verlassen können, dass durch sie ein Vertrag zustande gekommen sei." Das ist keine Erklärung der hier in Frage stehenden Rechtssätze, das ist lediglich eine Umschreibung ihrer Wirkung. Die Frage, warum hier das Recht für einen Schaden, den A erlitten hat, und der ohne die Handlung des B nicht entstanden wäre, den B haften lässt, ist hiermit nicht beantwortet.

---

[1]) Im übrigen ist die hier versuchte Konstruktion der Haftung des Kontrahenten gänzlich von derjenigen Jherings verschieden. Jhering führt dieselbe in seinem Aufsatz „Culpa in contrahendo" auf den „Gesichtspunkt kontraktlicher Verschuldung" zurück. Nach meinem Dafürhalten darf die Unterscheidung zwischen kontraktlichem und ausserkontraktlichem Verschulden überhaupt nicht aufrecht erhalten werden.

[2]) Unbegreiflich ist es mir, wie Jhering seine Theorie anstellen konnte, ohne zunächst mit dieser Auffassung zu brechen. Nach ihm „gilt das Gebot der kontraktlichen diligentia, wie für gewordene, auch für werdende Kontraktsverhältnisse." Versteht man aber unter diligentia die Sorgfalt eines ordentlichen Mannes, wie sie Windscheid beschreibt, oder die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 BGB.), wie kann man da einen Verstoss gegen die Sorgfaltpflicht annehmen, wenn dem Kontrahenten „das Hindernis" des Zustandekommens des Vertrages „beim besten Willen verborgen bleiben durfte"? Mit der herrschenden Auffassung der Sorgfaltpflicht ist nur die Norm des § 307 (nicht des § 122) BGB. verträglich, die aber weder dem römischen Recht, noch der Billigkeit entspricht. — Dass seine Konstruktion verbesserungsfähig war, hat denn auch Jhering später selbst empfunden (cf. Schuldmoment S. 38 Anm. 73).

Eine Erklärung erfordert aber ebensosehr der Satz, dass der Schuldner bei subjektiver ursprünglicher Unmöglichkeit verpflichtet ist, dem Gläubiger den Schaden zu ersetzen, der ihm durch die Nichterfüllung entsteht. Hier liegt doch eventuell im Sinne der herrschenden Meinung ebensowenig ein Verschulden vor, wie bei der objektiven Unmöglichkeit. Warum kann sich der Schuldner hier nicht wie bei nachträglicher Unmöglichkeit auf den Satz berufen: impossibilium nulla est obligatio? Soll er etwa nur deswegen haften, weil er eine übernommene Verbindlichkeit nicht erfüllt? Der Stipulationsschuldner, welcher den versprochenen Sklaven deswegen nicht liefern kann, weil er aus Mangel an Pflege gestorben ist, erfüllt auch nicht die von ihm übernommene Verbindlichkeit und doch haftet er nicht wegen Nichterfüllung!

Es ist auch nicht einzusehen, warum der Grund der Haftung bei subjektiver und objektiver Unmöglichkeit ein verschiedener sein soll [1]). Der Grund der Haftung ist in beiden Fällen derselbe, der Gegenstand der Haftung kann allerdings nicht identisch sein, da nur im Falle der subjektiven Unmöglichkeit die Entstehung einer Obligation [2]) denkbar ist.

Bei der subjektiven Unmöglichkeit übernimmt der Promittent pflichtwidrig eine Verbindlichkeit, die er nicht erfüllen kann; bei der objektiven Unmöglichkeit erweckt er pflichtwidrig in dem Stipulanten das Vertrauen, dass eine gültige Verpflichtung zustande gekommen sei. In beiden Fällen: culpam eorum ipsis potius damnosam esse debere.

Unter der Herrschaft des gemeinen Rechts konnte die

[1]) Mommsen hebt mit Recht bei seiner Polemik gegen Jhering (Erörterungen II S. 16) hervor, dass der Grundsatz der culpa in contrahendo, wenn er richtig wäre, nicht nur in den Fällen, wo der äusserlich abgeschlossene Kontrakt nichtig ist, sondern ebensosehr in den Fällen, wo ein an sich gültiger Kontrakt abgeschlossen ist, Anwendung finden müsste. Mommsen benutzt freilich diese Erwägung zu dem Nachweis, dass bei nichtigen Verträgen die Haftung nicht auf culpa zurückgeführt werden kann.

[2]) Die Entstehung eines Vertrages ist jedoch an sich nicht ausgeschlossen. Es ist daher Titze (cf. Unmöglichkeit der Leistung S. 242) gegenüber einzuräumen, dass das positive Recht den auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrag im Gegensatz zu § 306 BGB. auch für gültig erklären könnte.

Praxis zur Not auch ohne die Lösung der Frage auskommen, warum die Römer bei subjektiver ursprünglicher Unmöglichkeit den Schuldner selbst dann haften liessen, wenn er auch bei Anwendung der grössten Sorgfalt die Unmöglichkeit nicht hätte erkennen können; der Rechtssatz war da, man konnte sich bei ihm beruhigen. Unter der Herrschaft des BGB. nimmt diese Frage die allergrösste Bedeutung an.

Das BGB. hat die Haftung des Schuldners bei subjektiver ursprünglicher Unmöglichkeit der Leistung nicht grundsätzlich geregelt; diese erhebliche Lücke des Gesetzes ist daher auszufüllen.

Planck (II S. 47) meint: „Aus dem Mangel einer Vorschrift über die Folgen einer bereits bei der Entstehung des Schuldverhältnisses bestehenden subjektiven Unmöglichkeit muss geschlossen werden, dass eine solche Unmöglichkeit keine rechtlichen Folgen hat .... Bei Verträgen dieser Art geht das BGB. davon aus, dass der Schuldner die Garantie für die Leistnngsfähigkeit übernommen habe." Planck lässt dementsprechend den Schuldner hier ohne weiteres wie im römischen Rechte haften. Eine derartige Unterstellung eines Garantieversprechens ist nichts weiter als eine durchaus willkürliche Fiktion [1]). Zur vertraglichen Übernahme einer Verpflichtung — und die wird ja hier behauptet — gehört begrifflich der Wille, die Verpflichtung zu übernehmen; zum Willen gehört aber Bewusstsein des Gewollten [2]). Es ist aber ausgeschlossen, dass die Kontrahenten an die Übernahme einer Garantie dann auch nur denken, wenn beide gar keine Zweifel an der Möglichkeit der Leistung haben.

Das Oberlandesgericht zu Hamburg (Seuff. Arch. Bd. 56 Nr. 244) hatte folgenden Rechtsstreit nach BGB. zu entscheiden: Im Februar 1900 ersuchte Kläger den Beklagten, ihm zum 1. Mai einen Lagerplatz zu vermieten, welchen ein gewisser G bereits in Miete hatte, dem damals bis zum 1. Mai nicht

[1]) Planck versucht damit immerhin die Haftung zu begründen; dagegen scheinen Dernburg (Das bürg. Recht II. Bd. § 61) und Cosack (Lehrbuch § 98) auf eine Begründung zu verzichten.

[2]) Wundt, Logik 2. Aufl. II, 2 S. 576; cf. jedoch Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft N. 87.

mehr gekündigt werden konnte. Die Parteien begaben sich zu G, um ihn zu bestimmen, freiwillig eine Kündigung zum 1. Mai anzunehmen. Beide glaubten, dass ihnen dies gelungen sei; sie hatten den Erklärungen des G. entnommen, dass er bereit sei, den Platz zum 1. Mai zu räumen. Somit vermietete der Beklagte dem Kläger den Platz zu diesem Termin. G. weigerte sich aber den Platz am 1. Mai zu räumen, bestritt dies versprochen oder die Kündigung angenommen zu haben, und beeidigte in einem gegen ihn erhobenen Räumungsprozess das Gegenteil. Nunmehr forderte der Kläger vom Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Mietvertrages.

Ich glaube nicht, dass das Oberlandesgericht den Mut gehabt haben würde, in tatsächlicher Hinsicht festzustellen, dass der Beklagte hier stillschweigend die Garantie übernommen habe, dass G. am 1. Mai räumen werde; denn hätte der Beklagte auch nur den geringsten Zweifel daran gehabt, dass G. bereit war, am 1. Mai zu räumen, so würde er sich nach Lage der Sache gehütet haben, nicht nur diese Garantie zu übernehmen, sondern überhaupt den Mietvertrag abzuschliessen. Wäre die Theorie Plancks richtig, so müsste wenigstens in jedem einzelnen derartigen Falle dem Schuldner nachgelassen werden, geltend zu machen, dass er keine Garantie für die Leistungsfähigkeit übernommen habe; die Gerichte dürften dann aber häufig ausserstande sein, das Gegenteil festzustellen.

Will man daher überhaupt die unbedingte Haftung des Schuldners bei ursprünglicher subjektiver Leistungsunmöglichkeit unter der Herrschaft des BGB. aufrecht erhalten, so muss man sich nach einem solideren Fundamente umsehen. Zu einem sicheren Resultate kann man aber nur gelangen, wenn man sich fragt, warum die Römer selbst den Schuldner hier ohne weiteres haften liessen, es sei denn, dass man glaubt, aus dem § 307 ein Prinzip herleiten zu können. Dann dürfte man aber den Schuldner auch bei subjektiver Unmöglichkeit nur haften lassen, wenn er die Unmöglichkeit der Leistung kannte oder kennen musste. Enthielte § 307 das dem Schutzzweck, der ratio iuris, entsprechende Recht, so wäre die analoge

Ausdehnung desselben nicht zu umgehen[1]). Die Autoren des BGB. sind aber nur um deswillen hier vom römischen Recht abgewichen, weil sie es in diesem Punkte nicht verstanden haben.

Nach den vorstehenden Ausführungen beschränkt der aquilische Grundsatz bei lediglich indifferenten Handlungen die Handlungsfreiheit wenigstens insoweit, als der Handelnde mit der Gefahr seiner Handlung belastet wird. Wer sich bezüglich der Möglichkeit in mala fide befindet, dass seine Handlung auf fremdes Vermögen einwirkt, soll dieselbe unterlassen, wenn er nicht „völlig gewiss" ist, dass infolge seiner Handlung dem fremden Vermögen kein Schade entsteht. Handelt er dieser Pflicht zuwider, und tritt eine Beschädigung ein, so hat er dieselbe verschuldet.

§ 16.

Wir haben bereits oben (S. 101) hervorgehoben, dass die Rechtsordnung mit sich selbst in Widerspruch treten würde, wollte sie auch bei erlaubten Handlungen soweit gehen, eventuell die Unterlassung derselben zu verlangen. Die Vornahme der Handlung muss hier grundsätzlich gestattet sein. Während daher bei rein indifferenten Handlungen die Rechtsordnung dem Betreffenden die Pflicht auferlegen muss, durch Vornahme der Handlung keinen Schaden herbeizuführen, kann hier die Pflichtnorm nur dahin gehen, bei Vornahme der Handlung, soweit dies möglich ist, eine Verletzung fremden Gutes zu vermeiden.

Möglich ist es allerdings, dass durch die Handlung unvermeidlich fremdes Vermögen geschädigt wird; bei der alsdann

---

[1]) Titze a. a. O. S. 252 will § 275, 2 analog anwenden. — Mit Recht verwirft er die vorhin wiedergegebene Konstruktion Plancks. „Es wäre geradezu eine Vergewaltigung des Parteiwillens," meint er S. 249, „wenn man dem Schuldner auf diese Weise Absichten unterlegen wollte, von denen in der Mehrzahl aller Fälle fast mit Sicherheit anzunehmen ist, dass er sie nicht gehabt hat." — Da aber, wenn man an der herrschenden Auffassung der Sorgfaltpflicht festhält, andere beachtenswerte Gründe für die unbedingte Haftung des Schuldners nicht beigebracht werden können, so will Titze folgerichtig den Schuldner nur dann haften lassen, wenn er die Unmöglichkeit zu vertreten hat; sonst soll er sich auf § 275, 2 per analogiam berufen dürfen.

zwischen dem Interesse des Handelnden an der Vornahme der Handlung und dem Interesse des von der Handlung betroffenen Vermögensinhabers an der Erhaltung seines Vermögens entstehenden Kollision kann das Recht weder schlechthin an seinen Pflichtnormen festhalten, noch auch überall die Handlung für zulässig erklären. Wir werden im nächstfolgenden Abschnitte uns mit der Frage zu befassen haben, nach welchen Grundsätzen das Recht in dergleichen Fällen zu verfahren hat. Hier soll nur die Möglichkeit ins Auge gefasst werden, dass eine Beschädigung fremden Vermögens bei Vornahme der Handlung vermeidbar ist.

Es scheint mir auf der Hand zu liegen, dass die lediglich indifferenten und die erlaubten Handlungen in bezug auf die Haftpflicht eine verschiedene Behandlung erfahren müssen; aber äusserst bedenklich ist es, diese Unterscheidung als eine erhebliche anzuerkennen und gleichzeitig an der laxen Auffassung der Sorgfaltpflicht der herrschenden Meinung festzuhalten; denn sieht man bei den rein indifferenten Handlungen nur ein „solches Benehmen“ als Pflichtverletzung an, „welches ein ordentlicher Mann sich nicht zuschulden kommen lässt,“ so gelangt man folgerichtig bei erlaubten Handlungen dazu, dass man jede Sorgfaltpflicht verneint.

Das Reichsgericht hatte die Frage zu entscheiden, ob die Anlieger einer Eisenbahn bei einem durch Lokomotivfunken verursachten Brande Schadensersatz fordern können (cf. Bd. 17 S. 103)[1]. Es lag nahe, zunächst zu untersuchen, ob dieser Schaden sich auf ein Verschulden des Unternehmers zurückführen lasse. Indem nun der Gerichtshof ganz im Sinne unserer Einteilung zwischen willkürlichen (lediglich indifferenten) und nicht willkürlichen (erlaubten) Handlungen unterscheidet, gelangt er tatsächlich auf Grund dieser Unterscheidung zur Aufstellung des Satzes, dass der Handelnde bei nicht willkürlichen[2]) Handlungen nicht verpflichtet sei, Sorgfalt zu prästieren,

---

[1]) Cf. hierzu das dieselbe Frage behandelnde Urteil des Reichsgerichts Bd. 32 S. 337. Es ist mir unverständlich, wie man die Haftung der Eisenbahn bei beweglichen Sachen hat verneinen können.

[2]) R. Merkel (Die Kollision rechtmässiger Interessen S. 59) tadelt, dass

mithin der Handelnde wegen culpa nicht haftbar gemacht werden könne. Man liest in den Entscheidungsgründen: „Alle Verschuldung beruht ihrem letzten Grunde nach auf einem Willensfehler in der Richtung, dass der Täter freiwillig eine schädigende Handlung vorgenommen hat, obwohl er bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt und Vorsicht den eingetretenen Erfolg als eine mögliche Folge seiner Handlung hätte voraussehen können; der Täter muss daher in der Lage gewesen sein, die schädigende Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen. Es bedarf aber keiner Ausführung, dass nach den Gründen, welche den Staat zur Genehmigung einer Eisenbahn, bzw. zum eigenen Betriebe einer Eisenbahn veranlassen, der Betrieb als ein willkürlicher Akt in dem hervorgehobenen Sinne überall nicht aufgefasst werden kann. Von Annahme einer Verschuldung im technischen (!) Sinne muss daher abgesehen werden, wenn durch die dem Betriebe eigenen besonderen Gefahren ein Schade entsteht, welchen der Unternehmer als eine mögliche Folge des Betriebes voraussehen konnte.“ Mit dieser Ausführung zahlt das Reichsgericht seinen Tribut der herrschenden laxen Auffassung der Sorgfaltpflicht. Verschulden im technischen Sinne nach der Auffassung des Reichsgerichts ist offenbar ein Ausserachtlassen der diligentia des diligens pater familias; mit diesem Begriff des Verschuldens ist aber der Rechtssicherheit nicht geholfen; das höchste Gericht hat daher mit Recht trotz des Mangels des Verschuldens im technischen Sinne den beklagten preussischen Fiskus für ersatzpflichtig erklärt. Es heisst weiter in den Gründen: „Gleichwohl ist der Beklagte mit Recht für den von ihm verursachten Schaden verantwortlich gemacht worden. Denn wenn auch die actio negatoria, soweit sie auf Ersatz des vor der Klageerhebung entstandenen Schadens gerichtet ist, nicht schon allein durch den objektiven Eingriff in ein fremdes Recht begründet wird, vielmehr noch ein weiterer Rechtsgrund hinzutreten muss, welcher die Haftung des Handelnden für den von ihm verursachten Schaden rechtfertigt, so

---

hier das Reichsgericht einen Notstand zu konstruieren versuche; ich glaube, dass Merkel dem höchsten Gerichtshof Unrecht tut.

ist doch culpa[1]) des Handelnden eben nur einer dieser Rechtsgründe, und es kann der Übergang der Gefahr auf den Handelnden anch noch ans andern Gründen gerechtfertigt erscheinen, wie anch schon das vom Revisionskläger angezogene, in Bd. 6 S. 221 der Zivilentscheidungen abgedrnckte Urteil des Reichsgerichts hervorgehoben hat. Als ein solcher anderer Grund muss aber eine im Gewerbebetriebe erfolgte Betriebshandlung gelten, welche ihrer Natur nach das Eigentum Dritter gefährdet, während der Eigentümer anf Einstellung des mit obrigkeitlicher Genehmigung unternommenen Betriebes nicht klagen kann.“ Ich frage nun aber: würde das Reichsgericht eine Klage auf Ersatz eines entstandenen Brandschadens dann abweisen, wenn der Eigentümer in der Lage wäre, nötigenfalls den Unternehmer zur Einstellung seines Betriebes zu zwingen? Denkbar wäre es doch an sich, dass die Rechtsordnnng unter besonderen Umständen das Recht gewährte, die Einstellnng des Betriebes zn verlangen. Zweifellos würde das Reichsgericht in diesen Fällen die Kategorie der Rechtsgründe, welche neben der cnlpa den Übergang der Gefahr auf den Handelnden gerechtfertigt erscheinen lassen, um einen weiteren bereichern. Ich frage aber ferner: was ist es anderes als culpa, wenn jemand eine ihm entsprechend dem Schutzzweck von der Rechtsordnnng auferlegte Pflicht, die Beschädigung fremden Vermögens zu vermeiden, verletzt? Durchans zntreffend fährt das Gericht in seinen Gründen fort: „Der jedem Eigentümer nach gemeinem Rechte gebührende Rechtsschutz fordert notwendig die Anerkennung der Verantwortung des Unternehmers

[1]) In einem durchans analogen Falle scheint das Reichsgericht die Haftung des Handelnden anf cnlpa znrückzuführen. Vgl. Bd. 43 S. 257. Es heisst dort: „Die Berechtigung zum Betriehe gewährt nicht das Recht zn rechtswidrigen Eingriffen in die Rechtssphäre anderer und enthebt den Unternehmer nicht von der jedem obliegenden Pflicht, sein Handeln so einznrichten, dass es nicht für schädigende Ereignisse kansal wird, deren Eintreten im Kreise des menschlichen Vorstellnngsvermögens liegt.“ — Vgl. anch die Entscheidnng in Senfferts Archiv Bd. 14 Nr. 208: hier fasst allerdings das OAG. zu München den Betrieb der Eisenbahnen in dieser Beziehnng trotz der Konzessionierung vom rein zivilrechtlichen Gesichtspunkte ans als eine nnerlaubte Handlung anf. Kanm genügend hegründet: Senff. Arch. Bd. 10 S. 164.

eines solchen Betriebes als Korrelat seiner Befugnis zu den gefährdenden Handlungen; die Ablehnung der Verantwortung würde zu einer Beschränknng des Eigentums führen, welche dem gemeinen Recht fremd ist." Das Reichsgericht zwingt hier die Rücksichtnahme auf die herrschende Auffassung der Sorgfaltpflicht zu einer Konstruktion des von ihm gewährten Ansprnchs, die denselben als ausserhalb des Bereichs des Verschuldungsprinzips liegend erscheinen lässt. In der Sache entscheidet das Gericht wie wir, indem es den Grundsatz zur Anwendung bringt, dass es bei erlanbten Handlungeu zwar nicht die Pflicht des Betreffenden sein kann, sie zu unterlassen, wenn er nicht völlig gewiss ist, dass sie fremdes Vermögen nicht schädigen werden, dass er aber nur dann Sorgfalt prästiert, wenn er alle Gefahren abwendet, die nicht „menschlicher Kraft und Vorsicht spotten."

Als eine erlaubte Handlung ist es zweifellos anzusehen, wenn jemand zu irgend einem zulässigen Zwecke mit polizeilicher Ermächtigung Sprengstoffe herstellt oder verwendet.

Mit Recht verlangt das Reichsgericht, dass bei der Behandlung des Sprengstoffes die „grösste Vorsicht angewendet werde," aber auch hier gelangt es zu diesem Rechtssatz wieder aus einem besonderen Grunde. Es heisst in der Begründung eines Urteils vom 7. Januar 1887 (Seuff. Arch. Bd. 42 Nr. 210): „Bei den weittragenden und schweren Gefahren, welche mit einer unvorsichtigen Behandlung von Sprengstoffen verknüpft sind, muss derjenige, welcher sich mit der Anfbewahrung und Verwendung solcher Stoffe befasst, im Interesse der öffentlichen Sicherheit für verpflichtet erachtet werden, hierbei die grösste Vorsicht anzuwenden, und insbesondere dafür zn sorgen, dass bei Verwendung derselben Gefahren für Leben und Gesundheit ausgeschlossen bleiben. Dnrch eine Verabsäumung dieser gegenüber jedermann ihm obliegenden Vorsicht wird für jeden, welcher infolge hiervon beschädigt worden ist, die aquilische Klage begründet."

Es ist zweifellos eine der wichtigsten Aufgaben der Rechtsordnung, der Erhaltung der öffentlichen Sicherheit zu dienen; es ist aber nicht Sache des Vermögensrechts, diese Aufgabe zn lösen. Das Vermögensrecht hat keine andern

Zwecke, als die, die Individualinteressen zu schützen und zu fördern, allerdings beides im letzten Grunde im Interesse der Gesellschaft. Dem Vermögensrecht fehlen aber auch gänzlich die geeigneten Mittel, der öffentlichen Sicherheit Dienste zu leisten. Es ist nicht einzusehen, inwiefern es der öffentlichen Sicherheit frommen soll, wenn das eine Individuum dem andern Individnum gegenüber verpflichtet wird, einen dem letzteren verursachten Schaden zu ersetzen. Nur dann könnte der Schadensersatzanspruch der öffentlichen Sicherheit dienstbar gemacht werden, wenn man ihn als ein Strafmittel auffasste, und im Unvermögensfall Strafhaft eintreten liesse; denn sonst würde dieses Mittel dem Zahlungsunfähigen gegenüber vollständig versagen. Es dürfte aber auch, soweit überhaupt die öffentliche Sicherheit gegen die Gefährdung durch die Herstellung und Verwendung von Sprengstoffen mittelst Strafandrohungen geschützt werden kann, das Reichsgesetz gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen nichts zu wünschen übrig lassen. Es scheint mir daher, dass das Reichsgericht in nicht zu billigender Weise im Gebiet des Vermögensrechts den Gesichtspunkt der öffentlichen Sicherheit verwendet, um einen Anspruch zu gewähren, der vom Standpunkt der herrschenden Auffassung der Sorgfaltpflicht nicht zu begründen ist, den aber auf der andern Seite die Rechtssicherheit, die Sicherheit des Verkehrs unbedingt erfordert. Vom rechtshistorischen Standpunkte betrachtet, hat diese Reichsgerichtsentscheidung dieselbe Bedeutung, wie die vielfachen Bestimmungen der modernen Gesetzgebungen über Haftung bis zur höheren Gewalt (cf. oben S. 129); wie diese, stellt sie sich als eine Reaktion gegen die laxe herrschende Auffassung der Sorgfaltpflicht dar. Infolge der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit wird durch letztere die Gesellschaft selbst in Mitleidenschaft gezogen, das Bedürfnis nach der allein dem Schutzzweck entsprechenden strengen Haftung macht sich daher hier wieder lebhafter geltend, als wenn nur die Gefährdung von Individualinteressen in Frage stände.

Dem Individuum, dem das Vermögensrecht allen mit seinen Mitteln erreichbaren Schutz angedeihen lassen soll, ist es gleichgültig, ob es infolge der Explosion eines Sprengstoffes oder eines

ungeschickten Ballwurfes, und sei es auch mit einem Kinderball, ein Auge verliert und somit in seiner Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt wird. Das Vermögensrecht muss daher allgemein, und nicht nur, wenn besondere Gründe vorliegen, den Satz aufstellen, dass der Handelnde bei erlaubten Handlungen allen auch nur irgendwie vermeidbaren Schaden vermeiden d. h. dasjenige Mass von Sorgfalt prästieren soll, das zur Sicherheit des Verkehrs erforderlich ist. Die Praxis hat es in der Hand, indem sie sich streng an den Wortlaut des § 276 BGB., Abs. 1 Satz 2 hält, diesem allein dem Schutzzwecke des Vermögensrechtes entsprechenden Rechtssatze Anerkennung zu verschaffen [1]).

War es nach Lage der Sache gänzlich ausgeschlossen, dass der Handelnde den durch seine erlaubte Handlung veranlassten Schaden vermied, so kann er selbstredend auf Grund des Verschuldungsprinzips nicht verpflichtet werden, dem Verletzten seinen Schaden, sein Interesse zu ersetzen; die Tragung dieser Gefahr muss sich nach dem Grundsatze ‚casus sentit dominus' regeln. Sind jedoch mit der Handlung notwendig unvermeidbare Gefahren verknüpft, so ist die Frage, ob die Handlung, wenn sie auch in Ausübung eines an sich rechtlich anerkannten Interesses ausgeübt wird, als eine erlaubte angesehen werden kann, nach den im nächstfolgenden Abschnitt zu besprechenden Grundsätzen, welche im Fall einer Interessenkollision zur Anwendung zu bringen sind, zu beurteilen. Ist nach denselben die Handlung als eine erlaubte anzusehen, so werden wir sehen, dass dem Verletzten selbst dann, wenn der Schaden unvermeidbar war, wenn nicht ein Schadensersatzanspruch, d. h. ein Anspruch auf Ersatz des Interesses, so doch ein Entschädigungsanspruch unter gewissen Voraussetzungen zu gewähren ist; ist dagegen die Handlung nach denselben nicht als eine erlaubte

[1]) Dem Individuum ist es auch gleichgültig, ob ihm von einer Strassenbahn oder einem Automobil ein Bein abgefahren wird. Die Haftung des Automobilisten ist aber bei Auslegung des § 276, 1, 2 im Sinne der herrschenden Meinung eine weit weniger strenge, als die des Eisenbahnunternehmers. Warum? — Man ist allerdings vielleicht in der Lage eventuell bei einer weitherzigen und bequemen Auslegung des § 823, 2 zu einer strengen Haftung des Automobilisten zu gelangen. Das lahme Vermögensrecht gelangt dann doch zu seinem Ziel, indem es Polizeiverordnungen als Krücken benutzt.

anzusehen, dann kommen wieder die Grundsätze über lediglich indifferente Handlungen zur Anwendung, d. h. der Handelnde muss haften, wenn der Schade überhaupt durch seine Handlung verursacht worden ist.

Wer nicht die nötige Kraft oder Erfahrung besitzt, um die Gefahren, welche sich aus seiner Handlung ergeben können, abzuwenden, setzt andere Personen durch Vornahme dieser Handlung unvermeidbaren Gefahren aus; da aber das Interesse an der Vornahme einer derart gefahrbringenden Handlung niemals als ebenso schutzwürdig oder gar schutzwürdiger als dasjenige an der Erhaltung der gefährdeten Güter angesehen werden kann, so kann diese Handlung nach den im Nachfolgenden zu besprechenden Grundsätzen als eine erlaubte nicht gelten; er wird daher haften müssen, wenn durch seine Handlung überhaupt ein Schaden herbeigeführt wird, selbstredend auch hier unter der Voraussetzung, dass er bezüglich derjenigen Momente, welche die Handlung als eine lediglich indifferente erscheinen lassen, also die besonders strenge Haftung erst begründen, in mala fide war. So erklärt es sich, wenn Gaius l. 8 § 1 D. 9, 2 sagt: nec videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. Idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit. Dahin gehört auch der Ausspruch Ulpians l. 9 § 5 D. 19, 2: Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse; quippe ut artifex, inquit, conduxit. Letztere Einschränkung des Celsus zeigt, dass auch hier, wie stets bei den lediglich indifferenten Handlungen, die strenge Haftung des Handelnden durch konkurrierende Culpa des Verletzten wieder in Fortfall kommen kann.

Die Frage, inwieweit die Wirkungen des Verschuldungsprinzips durch die konkurrierende Schuld des Vermögensinhabers modifiziert werden, soll uns im folgenden Abschnitt beschäftigen.

b) Die Pflichtnormen und das Gebot der Eigenfürsorgepflicht (konkurrierendes Verschulden).

Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire (l. 203 D. 50, 17).

§ 17.

Der Schutzzweck erfordert, dass wo immer es erreichbar ist, der einem Vermögen drohende Schade abgewendet werde. Möglich ist es nun, dass der Vermögensinhaber selbst in der Lage ist, dem Schaden vorzubeugen, welchen nach den im Vorhergehenden dargestellten Grundsätzen ein Anderer zu verhindern verpflichtet ist. Es fragt sich, inwieweit bei dieser Sachlage jene Grundsätze eine Modifikation erfahren müssen.

Wie wir gesehen haben, verlangt die Rechtsordnung von dem Verpflichteten niemals das Unmögliche; aber ihre Anforderungen sind doch derart strenge, dass auch der nach Lebensbegriffen Sorgfältigste häufig denselben nicht genügen wird. Mit Recht sprechen daher die Römer von einem periculum culpae; nach der Anschauung der Römer wird eben ein Teil der Gefahr auf den Verpflichteten abgewälzt. Mit Rücksicht auf das Prinzip der Gleichmässigkeit des Schutzes erscheint aber diese Konsequenz des Verschuldungsprinzips nur annehmbar, wenn anders den Erfordernissen des Schutzzweckes nicht genüge geschehen kann, oder das hier konkurrierende Interesse des Verpflichteten keine Berücksichtigung verdient.

Letzteres trifft zu bei den arglistigen und bei den unerlaubten Handlungen; denn das Interesse des Handelnden an der Vornahme derselben kann als ein schutzwürdiges nicht in Betracht kommen [1]).

Selbstredend haftet hiernach bei arglistigen Handlungen der Handelnde, wenn es dem Verletzten bei Anwendung von Sorgfalt möglich gewesen wäre, den Schaden zu vermeiden; aber auch darauf wird sich der Handelnde nicht berufen können, dass der Verletzte dem Schaden ohne besondere

[1]) Nach Kipp-Windscheid (§ 258) soll auch der Dolose mitwirkendes Verschulden des Beschädigten gemäss § 254 BGB. geltend machen können; der Wortlaut des Gesetzes steht dieser Auffassung allerdings nicht im Wege.

Anstrengung hätte vorbeugen können. In den römischen Quellen findet sich, soviel mir bekannt ist, keine Regelung dieses Tatbestandes, und man kann auch nicht so argumentieren: wenn auf beiden Seiten dolus vorliegt, kann von einem Schadensersatzanspruch nie die Rede sein; nun steht aber die culpa lata dem dolus gleich: also muss dasselbe auch in Ansehung der culpa lata gelten [1]). Denn wäre auch die Formel durchaus zuverlässig: mit dolus kann stets dolus kompensiert werden, so ist doch die Berufung auf den weiteren Satz: culpa lata dolus est, abzulehnen, da hier, wie wir oben (S. 92 N. 4) gesehen haben, dolus etwa ganz anderes als Arglist bedeutet.

Nur dann muss der arglistig Handelnde haftfrei ausgehen, wenn auch ohne seine Arglist infolge des Verhaltens des Verletzten der Schade eingetreten wäre; denn hier fällt wieder der Zweck der Schadensersatzpflicht fort (cf. oben § 11).

Diebstahl ist stets eine unerlaubte Handlung — er kann sich möglicherweise auch als eine arglistige Handlung darstellen, diese Eigenschaft kommt ihm aber nicht notwendig zu — der Dieb kann sich daher nicht auf konkurrierendes Verschulden des Verletzten berufen; so kann er nicht geltend machen, dass demselben der Schaden nicht entstanden wäre, wenn er rechtzeitig gegen ihn Klage erhoben hätte (l. 20 D. 13, 1; l. 19 pr. D. 43, 16). Aber schon begrifflich kann weder von einer arglistigen noch von einer unerlaubten Handlung mehr die Rede sein, sobald der Verfügungsberechtigte den erfolgten Eingriff, wenn auch nur stillschweigend, genehmigt. Die Haftung des Diebes fällt daher fort, sobald der letztere in irgend einer Weise sich damit einverstanden erklärt hat, dass der (bisherige) Dieb über seine Sache verfügt, sei es nun dass er den angebotenen Gegenstand nicht annimmt, sei es dass er die condictio furtiva mit dem Dieb noviert (l. 72 § 3 D. 46, 3; l. 17 D. 13, 1; l. 29 § 1 D. 45, 1); hier haben daher andere Rechtsgrundsätze Platz zu greifen. War vollends der Verletzte damit einverstanden, dass in schädigender Weise auf sein Vermögen eingewirkt

[1]) Fr. Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung S. 108 N. 12; cf. auch Mommsen, Interesse S. 258; mit der im Text vertretenen Ansicht übereinstimmend Regelsberger, Pand. S. 653.

werde, so kann von einer Haftpflicht dessen, der den Schaden verursacht hat, überall keine Rede sein: volenti non fit iniuria. Wer sich zum Zweikampf stellt, ist damit einverstanden, dass er eventuell verletzt wird. Ulpian erklärt sich hier den Wegfall der actio legis Aquiliae damit, quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia videtur damnum datum (l. 7 § 4 D. 9, 2). Das ist eine Erklärung nach Römer Art, die stets geneigt waren, beiläufige Momente für die entscheidenden anzusehen. Zweifellos würde Ulpian selbst zu derselben sachlichen Entscheidung wie in l. 7 § 4 gelangt sein, wenn es sich nicht (wie dort) um eine Bestimmungsmensur, die allerdings stets gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia ausgefochten wird, sondern um ein ernsthaftes Duell handeln würde, das einem der beiden Gegner Gelegenheit geben soll, für eine schwere Ehrenkränkung Sühne zu nehmen. Und hier sind doch sicher die Motive nicht dieselben; hinzu kommt aber, dass Ulpian offenbar das Wort iniuria in einer Bedeutung nimmt, die dasselbe in der lex Aquilia nicht hatte. Im Sinne der lex Aquilia kann man nicht von einem damnum iniuriae gratia datum, sondern nur von einem damnum iniuria datum reden. Mit Recht fügt aber Ulpian hinzu: plane, si cedentem vulneraverit, erit Aquiliae locus, denn dann fehlt es an dem Einverständnis des Gegners; auch kann dieses Einverständnis nur dann rechtliche Bedeutung haben, wenn der Betreffende befugt war, über das in Frage stehende Gut[1]), hier über Leben und Gesundheit zu verfügen; ein solches Recht steht natürlich einem Sklaven nicht zu; Ulpian fährt daher fort: aut si [non] in certamine servum occidit, nisi si domino committente hoc factum sit: tunc enim Aquilia cessat.

§ 18.

Ist nun aber die Handlung, durch welche die Möglichkeit der Entstehung eines Schadens geschaffen wird, keine arglistige, und enthält sie auch selbst keine Rechtsverletzung, so muss

[1]) Cf. hierzu v. Liszt, Deliktsobligationen S. 95, 96; Planck Bd. II S. 609; Linckelmann, die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen S. 77 ff.

allerdings an sich die Rechtsordnung dem Handelnden ebenfalls die Pflicht auferlegen, seinerseits alles zu tun, was die Vermeidung des Schadens erfordert; aber der Vermögensinhaber muss hier nach dem vorhin Ausgeführten in erster Linie mit der Pflicht belastet werden, selbst, soweit ihm dies möglich ist, für den Schutz seines Vermögens zu sorgen.

Soweit aber die Voraussetzungen der eigenen Sorgfaltpflicht des Vermögensinhabers gegeben sind, darf der Handelnde sich regelmässig — es gibt, wie sich zeigen wird, Ausnahmen — darauf verlassen, dass der erstere seiner Pflicht nachkommen werde. Entsteht daher als Folge der Handlung ein Schade, so kann dem Handelnden, soweit er sich auf die Achtsamkeit des Vermögensinhabers verlassen durfte, keine Pflichtverletzung vorgeworfen werden; den Beschädigten allein trifft culpa (sua), dolus (suus), de se queri debet, habet quod sibi imputet. Von einem Verschulden des andern Teils kann hier keine Rede sein.

Ich glaube, dass die Wirksamkeit dieses Grundsatzes nicht wenig zur Bildung der Rechtslegende beigetragen hat, dass nach römischem Recht zwar jeder den durch seine Arglist, nicht aber jeder den durch seine Schuld entstandenen Schaden zu ersetzen verpflichtet sei (Windsch. § 451, oben § 9). Gegenüber einer arglistigen oder unerlaubten Handlung kommt, wie wir gesehen haben, ein konkurrierendes Verschulden des Verletzten nicht in Betracht; dagegen verhindert bei Handlungen, die nicht zu den arglistigen und nicht zu den unerlaubten gehören, das Prinzip des konkurrierenden Verschuldens, dass der Satz, „dass die ausserkontraktliche culpa schlechthin eine Verpflichtung zu Schadensersatz begründet", „zu einer wahren Geissel des Umgangs und des Verkehrs werde" (cf. Jhrering, Ges. Aufsätze I S. 337). Gleichwohl darf aber in den Fällen die Existenz des aquilischen Prinzips nicht geleugnet werden, in denen seine Wirksamkeit durch ein anderes Prinzip paralisiert wird. Die Pflichtnorm, dass jeder bei indifferenten Handlungen mit Sorgfalt fremden Schaden zu vermeiden hat, gilt ausnahmlos; aber da die Rechtsordnung dieselbe nicht schlechthin aufstellt, sondern nur für den Fall, dass den Verletzten nicht selbst die Pflicht trifft, sein gefährdetes Interesse zu wahren, so kann da, wo der Tatbestand des konkurrierenden Verschuldens

gegeben ist, von einem Verschulden des Handelnden gar keine Rede sein.

Ein Verschulden ohne Pflichtverletzung gibt es nicht, denn Verschulden ist Pflichtverletzung. Man darf nicht etwa schon da von Schuld sprechen, wo jemand einen Schaden verursacht hat, den er bei Anwendung von Sorgfalt oder selbst ohne diese hätte vermeiden können. Brinz hätte wahrscheinlich gar nicht den Satz zu bekämpfen versucht, dass die konkurrierende culpa des Verletzten die Haftung des anderen Teiles ausschliesst, hätte er sich anstatt an die landläufige Bedeutung des Wortes Schuld an die streng begriffliche gehalten. Er stösst sich daran, dass der Verletzte den Schaden, den er bei Anwendung gehöriger Sorgfalt hätte vermeiden können, tragen soll, „wenngleich denselben ein Dritter schuldhafter Weise gestiftet hat“ (Pand. 2. Aufl. Bd. 2 S. 353); nach ihm würde damit das Recht „einen Freibrief für culpose Beschädigungen Dritter“ ausstellen. Die Regel ‚quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire‘ (l. 203 D. 50, 17) soll „sich darauf beschränken, dass man den Schaden, welcher ersetzt werden soll, nicht selbst *gestiftet* haben müsse“. Dagegen geben die Quellen nach Brinz „dem Gedanken, dass die eigene Schuld Immunität oder Impunität für die fremde mit sich bringe, nirgends Ausdruck.“

Fällt jemand aus Unachtsamkeit in ein Loch, das ein anderer gegraben hat, und bricht ein Bein, so kann man gewiss nicht sagen, dass er den Schaden gestiftet habe; gleichwohl haftet der andere nicht, wenn der Verletzte bei Anwendung von Sorgfalt den Unfall hätte vermeiden können. Bei Interpretation dieses Tatbestandes trifft denn auch Brinz, allerdings, um ihn in seinem Sinne auszuräumen, das Richtige; Anm. 13 a. a. O. sagt er: „Die Fallgrube der l. 28 § 1 D. 9, 2 veranlasst zwar einen Schaden, den der Verunglückte hätte vermeiden können und darum selbst trägt; allein auf der andern Seite fehlt ein Täter, den man *schuldig*[1]) sprechen könnte. Warum? Brinz anwortet: „Der Grundeigentümer hat den Schaden, mag man sagen gestiftet, aber er hat ihn, da

[1]) Ich unterstreiche.

Warnung vorlag, oder überflüssig war, nicht verschuldet." Dem ist vollkommen beizupflichten; war der Verunglückte gewarnt, oder wusste er, dass dort eine Fallgrube war, oder hätte er sich auch nur nach Lage der Sache sagen müssen, dass dort eine Fallgrube sein könnte, so liegen diejenigen Voraussetzungen vor, welche zur Begründung jeder Sorgfaltpflicht, also auch derjenigen des Gefährdeten erforderlich und ausreichend sind (cf. in dieser Beziehung oben § 10). Weil aber hier die Sorgfaltpflicht des Verletzten gegeben ist, kann von einer Pflichtverletzung des Dritten keine Rede sein.

Besser dürfte es hiernach sein, wenn man den unkorrekten Ausdruck ‚konkurrierende Schuld' gänzlich vermeiden würde; er ist für Brinz zur Fallgrube geworden, doch hätte Brinz dieselbe bei Anwendung gehöriger Sorgfalt vermeiden können. Seine Schuld ist aber um so grösser, als er bei seinem Sturze auch noch Dernburg nach sich gerissen hat, nach dem nun die Frage, wer den Schaden zu tragen hat, „auf das Gebiet tatsächlicher Erwägung gestellt ist, wer die Hauptschuld des Schadens hat" (Dernburg Pand. II. Aufl. II. Bd. § 45 N. 9). Ein sonderbarer Begriff: Hauptschuld! Es wäre hiernach also der eine etwas mehr, der andere etwas weniger verpflichtet, den Schaden zu vermeiden. Ich meine, entweder ist man zu einem Verhalten verpflichtet oder man ist es nicht; aber Abstufungen einer und derselben Pflicht dürften wohl nicht denkbar sein. Nun soll es gar nach Dernburg eine quaestio facti sein, wer mehr, wer weniger verpflichtet ist![1])

Die Auffassung Brinz' und Dernburgs ist nicht ohne Folgen geblieben: auf sie, nicht auf das römische Recht ist die Norm des § 254 BGB. zurückzuführen: „Hat bei Entstehung eines

[1]) Später (cf. die IV. Aufl. a. a. O. N. 10) setzt D. an die Stelle des Wortes Hauptschuld das Wort Hauptursache. Damit soll aber kaum etwas anderes gesagt werden; denn hält man sich streng an das Wort „Ursache", so muss man die Haftpflicht des Dritten in vielen Fällen selbst dann wegfallen lassen, wenn der Beschädigte den Schaden gar nicht vermeiden konnte noch sollte (debuit ac potuit), wenn er ihn nur hauptsächlich verursacht hatte. Gibt der Verleiher Anstoss zum Leihvertrage, so hat er zweifellos den Schaden hauptsächlich verursacht, der dadurch entsteht, dass die Sache dem Entleiher gestohlen wird.

Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen ab."

Schält man aus Abs. 2 § 254 und Abs. 1 diese Norm heraus (cf. Planck Anm. 2 zu § 254), so muss man natürlich den Schluss des Abs. 1: „Inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder andern Teil verursacht ist," auslassen, denn bei diesem in Abs. 2 normierten, den Vorschriften des Abs. 1 unterworfenen Tatbestande kann von einem Verursachen (Stiften) seitens des Beschädigten gar keine Rede sein.

Nach welchen Umständen soll man nun hier den Umfang des Ersatzes feststellen? Planck anwortet: „Auch hier wird der Grad des Verschuldens, welcher dem Beschädigten zur Last fällt, mit in Betracht zu ziehen sein, und insbesondere zu berücksichtigen sein, ob der Beschädigte vorsätzlich oder nur fahrlässig den Schaden nicht abgewendet oder gemindert hat. Hat der Beschädigte den Schaden, welchen er abwenden konnte, vorsätzlich nicht abgewendet, so wird die Ersatzpflicht des andern Teiles regelmässig ganz wegfallen." Dem letzteren ist nach dem oben Ausgeführten unbedingt beizupflichten; Planck spricht sich aber nicht darüber aus, wie entschieden werden soll, wenn sich culpa levis und culpa levis gegenüberstehen, oder korrekter gesagt, wenn der Fall so liegt, dass der Schade bei Beobachtung der Sorgfalt, „welche nach der Auffassung des Lebens ein ordentlicher Mensch anwendet", sei es von der einen oder andern Seite hätte vermieden werden können. Hier dürfte dann die Schuld eine gleich schwere sein, der Verletzte müsste somit die Hälfte seines Schadens ersetzt bekommen. Das ist die notwendige Konsequenz aus der Theorie Brinz' und Dernburgs, so muss auf Grund des § 254 BGB. entschieden werden, und so müssten in derartigen Fällen die Römer entschieden haben, — wenn die Theorie Brinz' und Dernburgs dem römischen Rechte wirklich entspräche. Aber das römische Recht lässt den, der den Schaden gestiftet hat, nicht nur bei „dolus suus" [1])

[1]) L. 66 pr. D. 21, 2.

des Verletzten, sondern ausnahmslos auch bei culpa sua desselben gänzlich frei ausgehen.

Möglich ist es allerdings, dass ein Schaden teils auf Verschulden des Beschädigten, teils auf ein Verschulden des Dritten zurückzuführen ist.

Ein Arbeiter A führt mit andern Arbeitern unter Leitung eines Ingenieurs B die Montage einer Maschine aus. B beobachtet bei seinen Anordnungen nicht alle Regeln seiner Kunst. A ist ebenfalls unachtsam; infolge hiervon wird dem A ein Bein zerquetscht.

§ 254 BGB. steht der richtigen Entscheidung nicht im Wege, nur darf man sich bei der Interpretation desselben nicht von der Theorie Brinz' und Dernburgs leiten lassen; man darf nicht nach einem Hauptschuldigen suchen. Die Lösnng kann nur die sein: Wäre der Schade eingetreten, auch wenn A acht gegeben hätte, dann ist B selbstredend allein verantwortlich, obschon A ihn mitverursacht, ja vielleicht im mechanischen Sinne des Wortes allein verursacht hat: A hat eine falsche Anordnung des B, die an sich den ganzen Schaden herbeiführen musste, nicht sorgfältig ausgeführt. Hätte A dagegen bei Anwendung von Sorgfalt den Schaden vermeiden können, de se queri debet; hätte aber bei Achtsamkeit des B der Schaden nicht den Umfang angenommen, so wird dieser für die Differenz ersatzpflichtig sein. Letzteres festzustellen, ist natürlich Sache des richterlichen Ermessens.

§ 19.

Im bisherigen haben wir vorausgesetzt, dass die Anstrengung, welche die Vermeidung des Schadens erforderte, für beide Teile die gleiche ist: beide hätten nur bei Anwendung von Sorgfalt den Schaden vermeiden können; hier, sahen wir, kann von einer Pflichtverletzung des Dritten regelmässig gar keine Rede sein, da er sich auf die Eigenfürsorge des Gefährdeten verlassen durfte.

Es ist aber auch möglich, dass nach Lage der Sache einer von ihnen ohne besondere Anstrengung imstande ist, dem Schaden vorzubeugen. Ist dies der Beschädigte, so bleibt es natürlich einfach bei seiner Haftpflicht; ist es aber der Dritte, so entsteht

die Frage, ob auch hier der Umstand, dass der Verletzte bei Sorgfalt den Schaden hätte verhindern können, ihn selbst von dem Vorwurf der Pflichtverletzung befreien soll. Die Frage ist zu verneinen. Der Gefährdete darf sich hier seinerseits darauf verlassen, dass der Dritte unter allen Umständen die Massregeln zur Vermeidung des Schadens treffen werde, die keinen besonderen Fleiss erfordern. Kauft jemand Bauholz, so muss er selbst sorgfältig prüfen, ob das Holz die erforderliche Stärke hat, ob es nicht etwa wurmstichig ist. Unterlässt er diese Prüfung oder nimmt er eine nur oberflächliche vor, und stürzt nachher der Neubau ein, weil das Holz nicht gesund war, de se queri debet (l. 13 pr. D. 19, 1). Aber er darf sich darauf verlassen, dass der Verkäufer ihn auf die Fehlerhaftigkeit des Holzes aufmerksam machen werde, wenn sie ihm bekannt war. Die Pflicht des Verkäufers, dem durch die Lieferung derartigen Holzes ermöglichten Schaden vorzubeugen, bleibt daher wenigstens insoweit bestehen, als er den Käufer von dem ihm bekannten Fehler des Holzes in Kenntnis setzen muss. Unterlässt er dies, so hat er den Schaden allein verschuldet; den Käufer trifft alsdann überhaupt keine Schuld; und eine Pflichtverletzung des Verkäufers liegt nicht etwa nur dann vor, wenn er arglistiger Weise den Mangel verschweigt, es genügt, dass er die Mitteilung aus Nachlässigkeit unterlässt. Da hier eine Pflicht verletzt ist, die ohne Sorgfalt, d. h. ohne besondere Anstrengung erfüllt werden konnte, so ist diese Nachlässigkeit selbstredend culpa lata[1]).

[1]) Man kann daher auch sagen, dass der Verkäufer insoweit culpa lata zu prästieren hat. Aber er hat nicht schlechthin culpa lata zu prästieren; der Käufer kann sich nur darauf verlassen, dass er ihm einen Mangel mitteilt, den er kennt, nicht aber, dass der Verkäufer sich Kenntnis von den möglichen Mängeln verschafft, auch nicht einmal insoweit dieselben ohne eine sorgfältige Prüfung ersichtlich sind. Man muss eben daran festhalten, dass stets nur dann von culpa und somit von culpa lata die Rede sein kann, wenn eine Pflicht verletzt ist Der Stipulationsschuldner, welcher zu dem kranken Sklaven keinen Arzt zuzieht, ihm auch keine Pflege angedeihen lässt, vernachlässigt denselben, ja seine Nachlässigkeit geht offenbar über alle Grenzen, aber er hat überhaupt nicht die Pflicht, ihn zu pflegen, von einem Verschulden, einem groben Verschulden kann daher keine Rede sein. Der Depositar, der Prekarist, der Beschwerte, der nichts aus dem

Nach dem BGB. haftet der Verkäufer in einem derartigen Falle nur, wenn er arglistigerweise den Fehler verschweigt; arglistiges Verschweigen liegt aber nach Planck (cf. zu § 443) vor, „wenn der Verkäufer den ihm bekannten Mangel in der Absicht den Käufer zu täuschen diesem verschweigt." Ausdrücklich ist überhaupt diese Haftung in dem Gesetze nicht ausgesprochen, aber sie ergibt sich aus § 463 in Verbindung mit § 823, Abs. 2 (cf. Planck zu § 463, N. 3). Diese Regelung scheint mit der herrschenden Lehre der gemeinrechtlichen Doktrin übereinzustimmen, tatsächlich ist dies aber nicht der Fall; denn wenn es auch in den tonangebenden Lehrbüchern stets heisst, der Käufer hafte, wenn er den Mangel arglistig (dolos) verschwieg (cf. Puchta § 363, Vangerow § 609, Brinz 2. Aufl. § 327a, Baron § 289, Windscheid § 393 N. 3, vorsichtiger Dernburg II § 100), so ist doch hier im Sinne der Verfasser stets hinzuzudenken: oder aus grober Fahrlässigkeit. Vgl. z. B. Windscheid § 101 N. 10b und seine Bemerkung gegenüber Hanausek in § 393 N. 3. Dem BGB. ist aber der Satz: culpa lata dolus est, unbekannt[1]).

Den Römern selbst ist es aber nie in den Sinn gekommen, hier überhaupt dolus zu verlangen, so dass man erst auf Grund der sonst üblichen Gleichstellung der culpa lata mit dem

Testamente erhält etc., sind überhaupt nicht zu einer custodia verpflichtet; kommt daher der in ihrem Verwahr befindliche Gegenstand durch ein Verhalten ihrerseits abhanden, das man an sich als grobe Nachlässigkeit bezeichnen muss, so trifft sie doch kein Verschulden, da sie keine Pflicht verletzen. Der Depositar, der Prekarist, der zu einem dare verpflichtete Stipulationsschuldner, der Beschwerte etc. sind lediglich zu einem dare, restituere (nicht zu einem facere) verpflichtet; diese Pflicht können sie dolo oder culpa lata verletzen; möglicherweise erfüllen sie nicht, obschon sie erfüllen können und sollen, sei es nun absichtlich oder nur aus Nachlässigkeit; die Römer sprechen hier regelmässig von dolus (mora), aber zweifellos umfasst hier das Wort dolus, wie auch sonst sehr häufig, den dolus im engeren Sinne und die culpa lata (cf. oben S. 97); möglicherweise verletzen sie diese Pflicht dadurch, dass sie sich ausserstande setzen, dieselbe zu erfüllen, indem sie absichtlich oder aus Unachtsamkeit den fraglichen Gegenstand aus der Hand geben (cf. oben S. 97, 98). — Zu einem non facere ist aber jeder verpflichtet (aquilisches Prinzip), nicht nur der Stipulationsschuldner (l. 91 pr. D. 45, 1), sondern auch der Depositar (l. 41 n. 42 D. 9, 2, l. 18 § 1 D. 13, 6.

[1]) Cf. Dernburg, Das bürgerl. Recht II. Bd. § 137.

dolus zu einer Haftung wegen culpa lata gelangen könnte. In den überaus zahlreichen Stellen, in denen die Römer Haftung eintreten lassen, wenn infolge eines Mangels des gelieferten Gegenstandes (aus welchem Rechtsgrunde der Gegenstand geliefert wurde, ist gleichgültig) ein Schaden eintritt, lassen die Römer den Betreffenden stets schon dann haften, wenn ihm der Mangel bekannt war. Soviel ich weiss, wird in keiner der in Betracht kommenden Stellen (cf. z. B. l. 11 § 5 D. 19, 1: Kauf; l. 19 § 1 D. 19, 2: Miete; l. 17 § 3 l. 18 § 3 l. 22 D. 13, 6: Commodat; l. 26 § 7 D. 17, 1: Mandat; l. 62 § 3 D. 47, 2 und l. 31 D. 13, 7: pignus (Depositum, Commodat); l. 21 § 2 D. 25, 2: Dosbestellung) dolus vorausgesetzt. Sollten sich auch Stellen nachweisen lassen, in denen die Römer dolus erfordern, so würde sich aus ihnen doch ebensowenig der Ausschluss der culpa lata folgern lassen, wie aus denjenigen, in denen es heisst, der Depositar hafte nur im Falle des dolus; jedenfalls darf man aber nicht auf Entscheidungen wie in l. 13 pr. D. 19, 1 hinweisen, in der es heisst: ‚si vero sciens reticuit et emptorem decepit'. Decipere bedeutet nicht notwendig in der Sprache der klassischen Juristen betrügen, täuschen, es hat auch die Bedeutung schädigen (cf. l. 62 § 1 D. 18, 1; l. 21 § 2 D. 19, 1; auch l. 1 § 6 D. 21, 1. Weitere Belege bei Fr. Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung S. 172 N. 4; Jhering, Ges. Aufs. 1 S. 336, N. 11). Man kann auch nicht etwa sagen, der Verkäufer, der einen ihm bekannten Mangel dem Käufer nicht mitteilt, handle stets dolos, man kann sehr wohl eine derartige Mitteilung aus Nachlässigkeit unterlassen [1]). Windscheid stellt das Moment der Kenntnis und Arglist nebeneinander; auch ist es kein Pleonasmus, wenn es in dem aedilicischen Edikt heisst: si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur [2]). Da, wo es

[1]) Ebenso F. Leonhard, Die Haftung des Verkäufers S. 14. Leonhard verteidigt mit Recht den Satz, dass der Verkäufer für sein Verschulden beim Vertragsabschlusse dem Käufer für dessen Schaden haftet.

[2]) Zu bemängeln ist es daher, wenn man, wie Hasse (2. Aufl. S. 402), die scientia mit dem dolus einfach identifiziert. Er meint: „Eine culpa ausser dolus kommt hier überall nicht in Betracht, da eine Nachlässigkeit hier entweder gar nicht denkbar ist, oder doch ganz ausserhalb der obligatio liegt." Cf. auch Pernice, Labeo, 2. Aufl. 2. Bd. S. 241: „Geschwiegen hat der Verkäufer selbstverständlich (?) immer absichtlich."

den Römern neben der Kenntnis auf die Arglist ankam, hoben sie es auch hervor. Es kann mir bei den Vertragsverhandlungen der Fehler eines Tieres bekannt sein, ohne dass ich gerade jetzt an ihn denke; wenn ich unter diesen Umständen vereinbare, dass ich für diesen Fehler nicht hafte, so ist diese Vereinbarung gültig, anders dagegen, si sciens venditor morbum consulto reticuit (l. 14 § 9 D. 21, 1). Dass dagegen die römischen Juristen eher geneigt waren, die Nichtberücksichtigung einer bekannten Tatsache auf culpa lata, als auf dolus zurückzuführen, zeigt l. 29 D. 17, 1: Der Bürge soll den Hauptschuldner nicht dadurch schädigen, dass er noch einmal in dessen Namen zahlt, nachdem derselbe bereits gezahlt hat. Aber da es hier in erster Linie die Sache des Schuldners ist, einer derartigen Zahlung vorzubeugen — es handelt sich um sein Interesse, nicht um dasjenige des Bürgen — so ist der letztere nur insoweit verpflichtet, diesen Schaden zu vermeiden, als ihm dies ohne Anstrengung möglich ist; er braucht deshalb nicht erst Erkundigungen einzuziehen, ob der Schuldner schon bezahlt hat: ignoscendum est ei, si non divinavit, debitorem solvisse, debitor enim debuit notum facere fideiussori, iam se solvisse (§ 2 l. c.); dann aber heisst es § 1 l. c.: si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli, vel numeratae pecuniae, videtur dolo versari: dissoluta enim neglegentia prope dolum est[1]).

Der Rechtssicherheit ist gewiss nicht damit gedient, dass das BGB. den Verkäufer[2]) nur haften lässt, wenn er arglistig den Mangel verschweig, und sieht man sich nach den Motiven um, die wohl die Autoren dazu geführt haben können, hier in so auffallender Weise eine Neuerung einzuführen, so entdeckt man zu seinem Erstaunen, dass dieselbe kaum gewollt ist, dass sie vielmehr nur darin ihren Grund hat, dass man diese praktisch wichtige Frage nicht ex professo beantwortet hat. Der erste Entwurf gab in § 385 einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn der Veräusserer dem Erwerber den Mangel wissentlich verschwiegen hat; die zweite

[1]) Gradenwitz (Interpolationen S. 33 f.) hält unter anderem diesen Teil der l. 29 für unecht, doch wie mir scheint, kaum aus zwingenden Gründen.

[2]) Cf. auch § 600 BGB.

Kommission hat das Wort ‚wissentlich‘ in ‚arglistig‘ geändert, um diejenigen Fälle auszuscheiden, in denen der Verkäufer einen Mangel anzuzeigen unterlassen hat, weil er annahm, dass der andere Teil den Mangel kenne. Bezüglich des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung mag es sich rechtfertigen lassen, diese Fälle auszuscheiden — ich will ununtersucht lassen, ob man auch bezüglich dieses Anspruches nicht durch die Wortänderung das Kind mit dem Bade ausgeschüttet hat — jedenfalls hat aber hierdurch folgeweise unsere Frage eine Regelung gefunden, die als eine sachgemässe nicht bezeichnet werden kann. Man wird zu prüfen haben, ob man nicht doch berechtigt ist, den Veräusserer trotz der Fassung des § 463 auch schon bei schuldhaftem Verschweigen des ihm bekannten Mangels haften zu lassen. Ich bin dieser Ansicht; ihre Begründung würde aber hier zu weit führen.

§ 20.

Es kann nun aber auch hier wieder der Fall eintreten, dass sowohl der Dritte, als der Verletzte imstande sind, dem Schaden ohne besondere Anstrengung vorzubeugen; alsdann ist wieder davon auszugehen, dass es in erster Linie Sache des Vermögensinhabers ist, seine Interessen wahrzunehmen. Mit Recht stellen daher in den voraufgeführten Entscheidungen die Römer der scientia des einen Kontrahenten stets die ignorantia des andern gegenüber. Ist dem Erwerber selbst der Mangel bekannt, so darf dem Veräusserer nicht mehr eine Warnungspflicht auferlegt werden. L. 1 § 1 D. 19, 1 sagt Ulpian: non videtur esse celatus qui scit neque certiorari debuit, qui non ignoravit.

Planck ergänzt den Satz 2 des § 463 BGB. zutreffend dahin: „es sei denn, dass der Käufer den Fehler zur Zeit des Kaufabschlusses gekannt hat.“ Planck denkt hier nur an den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung; man muss aber auch bezüglich des Schadens, der aus einer Benutzung der mangelhaften Ware entstehen kann, die Norm des § 463 BGB. aus dem vorangeführten Grunde dahin allgemein ergänzen: es sei denn, dass dem Käufer (Empfänger) der Mangel bekannt war.

§ 21.

Der Grundsatz, dass der Vermögensinhaber in erster Linie verpflichtet ist, einen Schaden abzuwenden, hat natürlich nicht nur innerhalb des Gebiets des Vertragsrechts, sondern allgemein zu gelten.

Wer einen Spielplatz überschreitet, auf welchem gerade mit Fussbällen gespielt wird, weiss, dass er der Gefahr ausgesetzt ist, durch einen Ball erheblich verletzt zu werden. Sowohl für ihn, wie für die Spieler würde es keine Mühe kosten, die Gefahr zu beseitigen; es genügt, dass entweder die Spieler das Spiel einstellen oder er selbst den Spielplatz wieder verlässt. Hier ist es Sache des Gefährdeten, der Gefahr aus dem Wege zu gehen. Ulpian entscheidet einen derartigen Fall in l. 9 § 4 D. 9, 2. Er sagt dort: si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere. — In dieser Weise erklärt sich auch die Entscheidung des Alfenus (l. 52 § 4 D. 9, 2), der einen Spieler nicht haften lässt, welcher einen Sklaven, während dieser einen Ball auffangen will, derart zu Boden wirft, dass er das Kreuz bricht[1]). — Ulpian fügt in l. 9 cit. hinzu: qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur. Wer absichtlich den Vorübergehenden verletzt, kann sich nicht darauf berufen, dass dieser den Schaden leicht hätte vermeiden können, indem er von dem Spielplatz weggeblieben wäre, denn hier ist die Handlung des Spielers eine arglistige.

§ 22.

Konnte die Beschädigung, welche durch eine indifferente Handlung eines Dritten verursacht ist, von beiden Teilen nur durch Anwendung einer besonderen Anstrengung, Sorgfalt, verhindert werden, dann kann, wie wir gesehen haben, den Dritten insoweit nicht der Vorwurf der Pflichtverletzung treffen, als er sich darauf verlassen darf, dass der Beschädigte in erster Linie nach dem Rechten sehen werde.

---

[1]) Cf. auch l. 11 pr. i. f. D. 9, 2.

Es kann nun aber auch umgekehrt aus dem gleichen Grunde eine Pflichtverletzung des Verletzten ausgeschlossen sein; denn es ist möglich, dass nach Lage der Sache er sich darauf verlassen darf, dass der Dritte bereits die nötige Fürsorge getroffen habe, oder treffen werde, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlich ist. Unter diesen Umständen kann naturgemäss dem Dritten die Entschuldigung nicht mehr zur Seite stehn, dass er sich auf die Eigenfürsorge des Geschädigten verlassen durfte.

Hat der Verkäufer dem Käufer zugesagt[1]), dass das Bauholz fehlerfrei sei, so darf sich der Käufer dabei beruhigen; er braucht das Holz nicht noch einmal zu untersuchen. Deswegen haftet hier der Verkäufer, wenn infolge des Mangels das Haus einstürzt; der Verkäufer hat culpa levis zu prästieren, es genügt nicht, dass er glaubte, dass das Holz gut war, ja nach den Umständen glauben durfte: non debuit facile, quae ignorabat, adseverare (l. 13 § 3 D. 19, 1).

Man pflegt vielfach hier die Haftung des Verkäufers auf die Übernahme eines Garantieversprechens zurückzuführen, welches in dem dictum oder promissum liegen soll. Dieses Erklärungsmittel erfreut sich überhaupt einer ganz besonderen Beliebtheit in der neuesten Literatur. Bei näherer Prüfung dürfte sich wohl in den meisten Fällen, in denen man sich seiner bedient, herausstellen, dass es in das Reich der Fiktionen gehört. Sagt der Verkäufer dem Käufer zu, dass das zu liefernde Holz gewisse Fehler nicht habe, so übernimmt er dadurch vertraglich lediglich die Pflicht, Holz, das von diesen Fehlern frei ist, zu liefern; ergibt sich nachträglich, dass das Holz nicht fehlerfrei ist, so steht damit fest, dass der Verkäufer seinen Vertrag nicht erfüllt hat; auf Grund der Vertragspflicht des letzteren ist daher der Käufer noch berechtigt, Erfüllung zu verlangen; aber weitere Rechte gibt ihm der Vertrag selbst nicht und kann ihm der Vertrag auch nicht geben. Es fragt sich aber, ob die Rechtsordnung nicht für den Fall, dass das Vermögen des Käufers durch die Nichterfüllung irgendwie geschädigt ist, dem letzteren weitere

[1]) Cf. hierzu Jhering, Ges. Aufs. Bd. I S. 363. 364.

Ansprüche einräumen soll, insbesondere einen solchen auf Schadensersatz. Ein Schadensersatzanspruch lässt sich jedoch nur dann rechtfertigen, wenn sich der dem Käufer entstandene Schade auf ein Verschulden des Verkäufers zurückführen lässt. Verlangt man nun allerdings von dem, der zur Sorgfalt verpflichtet ist, nur, dass er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet, indem man darunter „die Sorgfalt" versteht, „welche in dem gesunden und normalen Verkehr für erforderlich und genügend gehalten wird, mag diese im einzelnen Falle auch nicht genügen, um einen Schaden abzuwenden, während eine noch grössere Sorgfalt dazu genügt hätte", so wird man dann nicht zu der Feststellung eines Verschuldens gelangen, wenn der Verkäufer bei seiner Zusage guten Grund gehabt hatte, anzunehmen, dass das Holz fehlerlos war; es bleibt dann eben nichts anderes übrig, als die Haftung, die gleichwohl das Rechtsgefühl und vor allem die Rechtssicherheit erfordert, mittelst einer Fiktion zu erklären. Kein Ding in der Welt, auch kein Rechtsding beruht auf einem fiktivem Grunde; jede Erscheinung hat ihren wahren Grund. Die Fiktion spielt hier dieselbe Rolle, wie beim Rechnen der zweite Fehler, welcher einen ersten Fehler im Resultate beseitigt. Der wahre Grund der Haftung des Verkäufers ist sein Verschulden; aber zur Konstruktion eines Verschuldens kann man hier nur gelangen, wenn man unter der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt etwas anderes versteht, als man gewöhnlich darunter zu verstehen pflegt.

Was beim Kaufe gilt, muss selbstredend bei der Miete und anderen Geschäften in gleicher Weise gelten; denn die hier in Frage stehenden Rechtssätze sind in nichts durch die besondere Natur des Kaufes bedingt. Der Mieter hat an sich selbst zuzusehen, ob die Mietsache Mängel hat; tut er dies nicht: habet quod sibi imputet (l. 13 § 6 D. 39, 2). Hat dagegen der Vermieter zugesagt, dass die Sache eine gewisse Eigenschaft habe, so darf sich der Mieter darauf verlassen; der Vermieter haftet daher für jeden Schaden, der auf den Mangel dieser Eigenschaft zurückzuführen ist (cf. Windsch. § 400 N. 9).

Darf der Erwerber oder Mieter nach den bestehenden Handelsgebräuchen oder aus sonstigen Gründen mit Bestimmt-

heit erwarten, dass der fragliche Gegenstand gewisse Eigenschaften haben werde, so darf er sich darauf verlassen, dass der ihm überlieferte Gegenstand diese Eigenschaften hat; er braucht sich die Eigenschaften nicht besonders versprechen zu lassen. In Rom sah man es offenbar als selbstverständlich an, dass gelieferte Fässer dicht sein mussten; deshalb haftete der Verkäufer oder Vermieter ohne weiteres, wenn infolge der Undichtigkeit der Fässer dem Käufer oder Mieter ein Schade entstand (l. 6 § 4 D. 19, 1; l. 19 § 1 D. 19, 2). Je nach den Umständen wird man in dem einen oder andern Falle feststellen können, dass der Schuldner stillschweigend das Vorhandensein der fraglichen Eigenschaft versprochen hat; unmöglich kann man aber stets ohne weiteres annehmen, dass Verkäufer oder Vermieter da die Eigenschaft stillschweigend zusagen, wo aus irgend welchen Gründen der Käufer oder Mieter das Vorhandensein der Eigenschaft erwarten darf. Erklärt man daher hier die Haftung des Verkäufers oder Vermieters daraus, dass sie stillschweigend die Eigenschaft (die Abwesenheit des Mangels) zugesagt haben (Windsch. § 393 N. 2), so operiert man wieder mit einer Fiktion [1]). Sabinus, dessen Ansicht Pomponius in l. 6 § 4 D. 91, 1 zunächst offenbar wiedergibt, lässt den Verkäufer gerade um deswillen nur für dolus haften, weil nichts bezüglich der Dichtigkeit der Fässer vereinbart ist. Es heisst dort: Si vas mihi vendideris, ita ut affirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi: si vero n o n i d a c t u m s i t, ut integrum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere. Pomponius selbst zieht dieser Entscheidung des Sabinus diejenige des Labeo vor, nach welchem illud solum observandum ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat. Wäre es berechtigt, in derartigen Fällen eine stillschweigende Zusage anzunehmen, dann müsste man auch dem Erwerber einen Anspruch auf Erfüllung des Vertragsversprechens einräumen; in l. 19 § 1 D. 19, 2 und l. 6 § 4 D. 19, 1 ist von einem Erfüllungsanspruch keine Rede — es liegt auf der Hand, dass integrum vas praestare nicht bedeutet: ein

[1]) So auch F. Leonhard, Haftung des Verkäufers S. 33.

in gutem Zustande befindliches Gefäss liefern, sondern: dafür aufkommen, dass sich das Gefäss in gutem Zustande befindet — wir werden aber im folgenden sehen, dass die Römer in einem ganz analogen Falle dem Erwerber den Erfüllungsanspruch bzw. einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geradezu versagt haben.

Wer einen Gegenstand durch ein Austauschgeschäft erwirbt, muss sich darauf verlassen können, dass ihm derselbe nicht nachträglich wieder von dritter Seite infolge eines Rechtsmangels entzogen wird, denn er selbst ist meist gar nicht in der Lage, die Rechtslage desselben zu prüfen. Dem Veräusserer[1]) muss deshalb die Pflicht auferlegt werden, unbedingt dafür Sorge zu tragen, dass dem Erwerber infolge eines Rechtsmangels kein Schaden entstehe; ist es ihm selbst nicht möglich, die Rechtslage mit aller Bestimmtheit festzustellen, so ist es ihm doch möglich, einen Schaden dadurch zu vermeiden, dass er sich auf die Veräusserung gar nicht einlässt. Übrigens ist der Veräusserer auch in der Lage, die Gefahr dadurch von sich abzuwälzen, dass er den Erwerber vertraglich auf den Eviktionsanspruch verzichten lässt.

Der Satz, dass der Vermögensinhaber in erster Linie seine Interessen selbst wahrzunehmen hat, wird jedoch durch den Umstand, dass er sich darauf verlassen darf, dass der Veräusserer die Rechtslage prüft, nicht vollkommen ausser Wirksamkeit gesetzt; seine Eigenfürsorgepflicht fällt vielmehr nur insoweit weg, als diese Prüfung in Betracht kommt; ist er daher sonst in der Lage, den Gefahren, welche aus dem Rechtsmangel drohen, vorzubeugen, so ist er auch verpflichtet, sich dementsprechend zu verhalten; deshalb entscheidet Paulus l. 56 § 3 D. 21, 2: si cum possit usucapere emptor, non cepit, culpa sua hoc fecisse videtur; unde, si evictus est servus, non tenetur venditor.

Besteht der Rechtsmangel lediglich in der Belastung mit Dienstbarkeiten von der Art, dass durch dieselben dem Käufer der Besitz der Sache nicht entzogen wird, so belassen es die Römer dabei, dass der Verkäufer nur dann haftet, wenn er

[1]) Cf. hierzu Jhering, Ges. Aufs. Bd. I S. 363, 364.

trotz Kenntnis derselben den Käufer, dem dieselben unbekannt waren, von ihrer Existenz nicht Mitteilung gemacht hat.

Windscheid trifft das Richtige, wenn er hier den Wegfall des Eviktionsanspruchs in folgender Weise erklärt (§ 391 N. 28): „Das römische Recht geht davon aus, dass die Belastung eines Grundstückes mit Dienstbarkeiten etwas so gewöhnliches sei, dass der Käufer auf dieselben gefasst sein, und wenn er wegen derselben einen Entschädigungsanspruch haben wolle, dieserhalb einen besonderen Vorbehalt machen müsse."

Die herrschende Meinung kann bei ihrer Auffassung der Sorgfaltpflicht den Eviktionsanspruch nicht auf ein Verschulden des Verkäufers zurückführen; sie muss sich daher nach einer andern Erklärung umsehen. Man sagt, der Entwehrungsanspruch sei ein Anspruch auf Leistung des Interesses wegen Nichterfüllung. Ein derartiger Anspruch setzt aber notwendigerweise einen Erfüllungsanspruch voraus; man sagt, der Verkäufer ist zum habere licere praestare verpflichtet, komme es zur Eviktion, dann stelle sich heraus, dass der dem Käufer aus dem Kaufvertrag erwachsene Anspruch unerfüllt sei. Ein seltsamer Anspruch, dieser Anspruch auf das habere licere! Was ist denn Gegenstand dieses Anspruches, ein Verschaffen, ein Tun, ein Unterlassen? Und wenn man näher fragt, was sich herausstellt, wenn der Gegenstand entwehrt wird, so kann die Antwort doch nur die sein, dass der Verkäufer nicht das Recht verschafft hat, das erforderlich war, um dem Käufer das habere licere zu verbürgen; tatsächlich ist also der Grund der Haftung des Veräusserers der, dass er etwas nicht verschafft hat, aber auf die Frage, ob er denn zur Verschaffung des erforderlichen Rechts verpflichtet war, antwortet die herrschende Meinung selbst mit: Nein!

Auf Grund des Kaufvertrages selbst entsteht überhaupt kein Erfüllungsanspruch; nach römischem Recht (anders nach BGB.) ist der Kauf kein Verpflichtungs-, sondern ein Veräusserungsgeschäft, eine alienatio. Durch die Verkaufserklärung tritt die veräusserte Sache aus dem Vermögen des Veräusserers in dasjenige des Erwerbers — auch dann noch kann eine Vermögenszuständigkeit begründet sein, wenn sie auch nicht in jeder Beziehung vom Rechte anerkannt wird; der Dieb eignet

sich die Sache an (§ 242 StGB.), sie steht in seinem tatsächlichen Vermögen (dieses, nicht das Rechtsvermögen schützt vornehmlich das Strafrecht), deswegen gewährt ihm das Vermögensrecht gegen Dritte seinem Zweck entsprechend Schutz[1] —; befindet sich nach der Veräusserungserklärung der nunmehr dem Erwerber gehörende Gegenstand noch im Besitz und Eigentum des Veräusserers, so entsteht nunmehr auf Grund der Vermögenszuständigkeit des Erwerbers für diesen ein Anspruch auf Übertragung des einen und andern; befindet sich die Sache bereits im Besitz des Erwerbers und bedarf es nicht erst zur Begründung der formellen, sachenrechtlichen Zuständigkeit einer mancipatio, traditio oder Eintragung in das Grundbuch, so ist für den Verkäufer mit der Veräusserungserklärung alles erledigt, hier entsteht durch den Kauf für den Verkäufer keine Verpflichtung[2].

[1]) Hier muss ich mich auf diese Bemerkung beschränken, um vorläufig dem Einwand zu begegnen, beim Verkaufe einer fremden Sache könne von einem Übergange derselben aus dem Vermögen des Veräusserers in das des Erwerbers nicht die Rede sein. Das Nähere bei der Besprechung der Begriffe Vermögen und Besitz.

[2]) Kommt noch hinzu, dass der Verkäufer dem Käufer eine Summe im Betrage des Kaufpreises schuldete, so entstehen überhaupt gar keine Obligationen, m. a. W. die emptio venditio erzeugt ihrem Wesen nach keine Obligationen, ich vermag deshalb ihre Stellung im Obligationenrecht schlechterdings nicht einzusehen. Allerdings in dem üblichen Systeme bildet sie im Obligationenrecht die pièce de résistance; nimmt man erst sie heraus und weist ihr einen Platz in der Lehre von den Rechtsgeschäften, und zwar in dem besonderen Teile derselben an, wo demgemäss ihre rechtliche Natur in den Vordergrund des Interesses treten würde, dann zweifele ich nicht, dass alle anderen „einzelnen Schuldverhältnisse“ ebenfalls auf dieser systematischen Verbesserung bestehen werden; an dieser Stelle würde auch niemand mehr der Schenkung Sitz und Stimme zu versagen wagen. Nur die Vorlegung von Sachen, die ungerechtfertigte Bereicherung, die unerlaubten Handlungen könnten dort kaum untergebracht werden. Aber einmal von dieser minderwertigen Gesellschaft befreit, würden sich bald die letzteren beiden Kategorien bewusst werden, dass sie ihrem Wesen nach berufen sind, aus dem gesamten Systeme fast dreiviertel aller Normen in sich aufzunehmen, und somit den Anspruch erheben dürfen, an die Spitze desselben zu treten. Gerade der Umstand, dass man diesen beiden das ganze Vermögensrecht beherrschenden Kategorien einen solch untergeordneten Platz angewiesen hat, dürfte der beste Beweis dafür sein, dass der Aufbau des uns von unsern Vätern vererbten Systems von Grund auf verfehlt ist.

Wenn nun aber auch durch den Kaufvertrag selbst für den Verkäufer keine Vertragsverpflichtnng begründet wird, so verpflichtet ihn doch die Verkaufserklärung, wie jede andere indifferente Handlung dazu, Sorgfalt aufzuwenden, dass das durch diese Handlung tangierte Vermögen keinen Schaden infolge derselben erleidet. Aus dem gleichen Grunde, aus dem der Verkäufer eines Gefässes dafür aufkommen muss, dass dem Käufer durch die Undichtigkeit desselben kein Nachteil erwachse — integrum praestare debere — aus demselben Grnnde muss hier der Verkäufer dafür aufkommen, dass der Käufer nicht infolge eines Rechtsmangels Schaden nimmt — habere licere praestare, evictionem praestare[1]). Diese letztere Pflicht ist also nicht etwa eine vertraglich begründete Erfüllungspflicht, sondern ein Ausfluss der sich unmittelbar aus dem Schutzzweck ergebenden Sorgfaltpflicht; wie sollte es auch sonst verständlich sein, dass die Haftung des Verkänfers bei culpa sua des Känfers wieder fortfällt? Wäre die den Eviktionsansprnch begründende Verpflichtnng eine Erfüllungspflicht, dann wäre die Entscheidung des Paulus l. 56 § 3 D. 21, 2 unverständlich: si cum possit usucapere emptor, non cepit, culpa sua hoc fecisse videtur; mit Recht könnte dem der Känfer entgegenhalten: hätte der Verkäufer seine Vertragspflicht erfüllt, dann hätte überhaupt gar kein Schaden entstehen können.

Wird ein Rechtsgeschäft ausschliesslich im Interesse des Empfängers des Geschäftsgegenstandes vollzogen, so darf letzterer nicht erwarten, dass der Geber für ihn Sorgfalt auf die Vermeidung der durch das Rechtsgeschäft möglich gemachten Schäden verwenden werde. Bei der Schenkung muss es daher dabei bleiben, dass der Schenker nur dann haftet, wenn er wissentlich dem Beschenkten den diesem nicht bekannten tatsächlichen oder Rechtsmangel verschweigt (cf. insbesondere l. 18 § 3 D. 39, 5; l. 62 D. 21, 1; §§ 523, 1 und 524, 1 BGB.).

Eine Ausnahme rechtfertigt sich bezüglich des Eviktionsanspruches, wenn die Leistung generisch bestimmter Sachen versprochen wird. Ihren Grund findet diese Ausnahme in der besonderen Art des Gegenstandes der Schenkung; nicht vertret-

[1]) Cf. l. 10 D. 19, 1.

bare Sachen selbst, sondern lediglich ein gedachter Betrag von derartigen Sachen bildet den Gegenstand des Geschäftes. Derart rein gedachte[1]) Werte können aber nur in der Weise in ein Vermögen hineingebracht werden, dass das betreffende Vermögen in irgend einer Form um den gedachten Wert bereichert wird. Wie die Bereicherung erfolgt ist gleichgültig, ob durch Schulderlass, Anweisung, durch Übereignung barer Mittel[2]) oder sonstwie.

Im übrigen aber ist es gleichgültig, ob die Schenkung durch Geben oder mittelst eines Schenkungsversprechens erfolgte. Die Schenkung durch Tradition ist ein Veräusserungsgeschäft, alienatio, wie der Verkauf, das Schenkungsversprechen ein Verpflichtungsgeschäft wie die stipulatio[3]); in dem einen Falle gibt der Schenker die Sache, wie sie ist und wie er sie hat, in dem andern Falle verspricht er sie zu geben, wie sie ist und wie er sie hat.

Verspricht der Schenker eine ihm zurzeit nicht gehörige Sache, so verspricht er an sich ohne weitere Zusage nichts anderes, als dass er die Sache ins Vermögen des Beschenkten bringen werde, er verspricht die Verschaffung der Sache selbst, weiter nichts. Selbstredend ist er auch hier verpflichtet, einem Schaden, der sich als Folge aus seiner indifferenten Handlung

[1]) Wir werden uns bei Besprechung der einzelnen Vermögenswerte mit den gedachten Werten näher zu befassen haben und wird sich zeigen, dass ein ganzes Vermögen, insbesondere eine dos, möglicherweise allein aus einem gedachten Werte bestehen kann.

[2]) Die blosse Tradition der baren Mittel genügt aber nicht; deshalb verpflichten die Römer den Käufer, dem Verkäufer die nummi zu übereignen (cf. l. 11 § 2 D. 19, 1). Mit Recht liess daher der erste Entwurf (§ 443) in diesem Fall, und nur in diesem Fall den Schenker wegen Entwehrung haften, und hier ist der Entwehrungsanspruch tatsächlich ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung.

[3]) Wohl ist aber zu beachten, dass der Schenker, wenn er dies nicht besonders erklärt, sich nicht zu einem dare verpflichtet; die besonders gestaltete Haftung in den von Windscheid § 367 N. 8, § 392 N. 2, § 342 N. 4—6 zitierten Stellen ist daraus zu erklären, dass der betreffende Schuldner nach dem Wortlaut der Stipulation oder dem Willen des Testators zu einem dare verpflichtet war. Die Haftung für Eviktion, nicht für Eigentumsverschaffung, ist die Regel, von der auch beim Tausch keine Ausnahme gemacht wird (cf. Windsch. § 392 N. 3 und § 398 N. 4).

ergeben könnte, vorzubeugen, wenn ihm dies ohne Anstrengung möglich ist; er hat daher auch hier den Beschenkten auf einen ihm, nicht aber dem Beschenkten bekannten tatsächlichen oder Rechtsmangel aufmerksam zu machen. Der Beschenkte kann aber auch hier, wo der Schenker selbst von dem Geschäfte gar keinen Vorteil hat, nicht erwarten, dass der letztere sich Kenntnis von möglichen Rechtsmängeln verschafft, auch nicht einmal insoweit, als dieselben ohne eine sorgfältige Prüfung festgestellt werden können. Die Autoren des BGB. waren anderer Meinung. Nach § 523 Abs. 2 muss der Schenker auch dann haften, wenn ihm der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Planck sagt hierzu: „Der Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass der Erwerb des versprochenen Gegenstandes zur Erfüllung des Versprechens gehört, der Schenker daher bei dem Erwerbe Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat.“ Wenn dieser Grund zutreffend ist, so vermag ich nicht einzusehen, warum man den Schenker unter den gleichen Voraussetzungen nicht haften lässt, wenn ihm ein tatsächlicher Mangel einer Speciessache infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Man nehme an, A verspricht dem B eine im Besitz des C befindliche Kuh zu schenken; das Tier ist mit einer ansteckenden Krankheit behaftet und hätte A dies ohne Anstrengung erkennen können; ich sollte meinen, B habe in einem derartigen Fall ein weit grösseres Interesse, den A haftbar machen zu können, als dann, wenn die Kuh ihm wieder entwehrt wird.

§ 23.

Dient endlich ein Rechtsgeschäft ausschliesslich dem Interesse des Gebers des Geschäftsgegenstandes, so kann auch hier dieser nicht erwarten, dass der andere Kontrahent in erster Linie darauf Sorgfalt verwende[1]), dass er nicht durch einen Mangel des Geschäftsgegenstandes einen Schaden erleide; im Gegenteil,

[1]) L. 62 § 5 D. 47, 2: idque evidentius in causa depositi apparere; nam licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse, nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse.

hier darf sich der letztere darauf verlassen, dass der allein Interessierte alles tun werde, ihn vor Schaden zu behüten. Aus diesem Grunde fällt beim Mandat und Depositum die Sorgfaltpflicht des Mandanten und Deponenten infolge konkurrierender culpa des Mandatars und Depositars nicht fort[1]), wie beim Kauf, der Miete, dem Kommodat, dem pignus, der dos, etc. Wie bei der käuflichen und mietweisen Lieferung von Gefässen sich Labeo und Pomponius der Wendung bedienen: omnimodo integrum praestari debere, so entscheidet auch bezüglich der Haftung des Mandanten African in l. 62 § 5 D. 47, 2 zunächst: omnimodo damnum praestari debere, d. h. selbst dann, wenn ihm der Mangel der Sache nicht bekannt war. Aber hier können wir aus dem Folgenden deutlich ersehen, aus welchem Grunde der Römer die Haftung eintreten lässt. Es heisst am Ende des § 5: et sicut in superioribus contractibus, venditione, locatione, pignore[2]), dolum eius, qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum

[1]) Cf. hierzu Merkel, Die Kollision rechtsmässiger Interessen S. 161 N. 1 und die dort Zitierten.

[2]) Dernburg (Pfandrecht Bd. I S. 161, 162) will, gestützt auf l. 16 § 1 D. 13, 7: „vel morbosum", den Verpfänder in dieser Beziehung für culpa levis haften lassen (cf. auch Dernb. Pand. I § 286 N. 10, Windsch. § 382 N. 16). L. 16 § 1 spricht sich gar nicht darüber aus, unter welchen Voraussetzungen der Verpfänder bei einem Mangel der Sache haftet; sie sagt lediglich, dass der Verpfänder, wenn der Pfandgläubiger den Mangel kannte, nicht haftet. Wäre man aber berechtigt, im Anfang der Stelle nach den Worten „vel in publicum obligatam" zu ergänzen: „vel morbosum" (animal), dann würde sich aus dieser Stelle ergeben, dass der Verpfänder nicht nur wegen Verschuldung im Sinne der herrschenden Meinung haftet, sondern, wie bei einem Rechtsmangel omnimodo: ignorantia eum non excusat. Zweifellos sind aber entweder die Worte „vel morbosum" interpoliert, oder sie deuten darauf hin, dass Paulus selbst im Vorhergehenden nicht nur die positiven Voraussetzungen der Haftung bei Rechtsmängeln, sondern auch bei Mängeln der Sache erörtert hatte. Über die Haftung des Verpfänders sprechen sich die im Text zitierte Stelle und l. 31 D. 13, 7 deutlich genug aus. Man kann sich auch nicht etwa für die von Dernburg vertretene Ansicht auf l. 5 § 2 D. 13, 6 berufen; dann müsste man auch den Verkäufer haften lassen, wenn die verkaufte Sache infolge seiner Nachlässigkeit dem Käufer Schaden verursacht hat. In l. 5 § 2 ist lediglich von der Behütungspflicht die Rede, die hier gar nicht in Frage steht. Der Satz, dass beim Kauf, bei der Miete, bei dem Pfandvertrage beide Kontrahenten für diligentia diligentis patris familias im Sinne der herrschenden Meinung einzustehen hätten (Dernburg a. a. O. S. 163) ist dem römischen Recht unbekannt.

sit, ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere, nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius, qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret[1]).

Der herrschenden Meinung wäre es, wie wir schon oben hervorgehoben haben, bei ihrer Auffassung der Sorgfaltpflicht ganz unmöglich, zu einem omnimodo damnum praestari debere zu gelangen; für die Römer war solange die erforderliche Sorgfalt nicht prästiert, als der entstandene Schaden vermieden werden konnte, und hier hätte er vermieden werden können.

Erklärt aber hier African die Haftung des Mandanten und Deponenten aus einem Verschulden derselben, so müssen wir sie auch in allen analogen Fällen da, wo sie die Römer nicht bloss bei wissentlichem Verschweigen eintreten lassen, auf ein Verschulden zurückführen. Insbesondere ist hiernach die Haftung des Verkäufers wegen Eviktion aus einem Verschulden desselben zu erklären, dagegen ist der Eviktionsanspruch nicht als ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines tatsächlich gar nicht existierenden Anspruchs auf Erfüllung anzusehen.

Die Frage, ob sich der eine Kontrahent auf das Verhalten des Andern in einem gegebenen Falle verlassen darf, ist naturgemäss im letzten Grunde Tatfrage; es ist deshalb nicht zu verwundern, wenn wir in dieser Beziehung auf sich widersprechende Entscheidungen der Römer stossen. So lässt Paulus im Anschluss an Neratius den Mandanten nur haften, wenn ihm

---

[1]) Die Entscheidung und Begründung Africans ist für den, welcher die herrschende Auffassung der Sorgfaltpflicht teilt, nicht verständlich. Nach Mommsen (Erörterungen II S. 62) hat hier African zu Unrecht den Gesichtspunkt der culpa hineingezogen. Nach Jhering (Gesammelte Aufsätze Bd. I S. 359 N. 36) kann man „bei einiger Unbefangenheit nicht verkennen, dass die culpa hier mit einem andern, als dem gewöhnlichen Massstabe (!) gemessen wird, und dass, wenn letzterer hier zur Anwendung kommen sollte, die Entscheidung nach Befund der Umstände ganz anders ausfallen könnte". Windscheid hilft sich damit, dass er den Deponenten und Mandanten nur wegen Nachlässigkeit haften lässt, d. h. also nur dann, wenn sie nicht die diligentia eines diligens pater familias in seinem Sinne prästieren (§ 378 N. 16 und § 410 N. 18).

bekannt war, dass der zu kaufende Sklave ein Dieb ist (l. 26 § 7 D. 17, 1)[1]. Aus demselben Grunde mag sich auch der zwischen l. 21 § 2 D. 19, 1 und l. 45 D. 18, 1 bestehende Widerspruch erklären; die erstere Stelle ist sicher zerrüttet; das schliesst aber nicht aus, dass Paulus den Verkäufer aufs Interesse haften liess.

Nicht zu verwundern ist, dass die Autoren des ersten Entwurfs bei ihrer Auffassung der Sorgfaltpflicht der Entscheidung des African in l. 62 § 5 D. 47, 2, mit der art. 1947 code civil übereinstimmt, nicht folgen wollten (cf. § 622 Entw. I); sie vermochten von ihrem Standpunkt kein Verschulden des Deponenten zu erkennen; bemerkenswert ist aber, dass die weniger doktrinäre II. Kommission wenigstens die Beweislast zu Ungunsten des Deponenten regelte (§ 694 BGB.), wodurch er der Sache nach in den meisten Fällen wie nach l. 62 § 5 D. 47, 2 haften wird. Die Haftung des Mandanten hat man überhaupt nicht geregelt; wird man auf ihn § 823 oder § 276 anwenden können, ist er Schuldner?

In den letztbesprochenen Fällen wird nicht die Existenz der Eigenfürsorgepflicht des Vermögensinhabers selbst verneint; es kann in denselben vielmehr nur eine Pflichtverletzung nicht angenommen werden, weil er sich auf die Fürsorge des Andern verlassen darf; denkbar sind aber auch Fälle, in denen eine Pflicht des Vermögensinhabers, selbst Sorgfalt zu üben, überhaupt nicht begründet erscheint. Die oben (S. 160) besprochene Entscheidung Ulpians weist wenigstens indirekt auf einen Tatbestand hin, bei dem es sich nicht rechtfertigen lässt, an dem Satze festzuhalten, dass der Vermögensinhaber verpflichtet sein soll, den aus fremden indifferenten Handlungen drohenden Schaden zu vermeiden.

Man nehme an, es handle sich nicht um einen Platz, der zum Spielen bestimmt ist, sondern um einen öffentlichen Platz,

[1]) Cf. hierzu Pernice, Labeo 2. Aufl. Bd. 2 Abt. 2 S. 229 N. 1; äusserst auffallend ist allerdings, dass derselbe African, und zwar ebenfalls in dem achten Buche seiner Quaestionen (l. 31 D. 13, 7) den Deponenten nur haften lässt, wenn er wusste, dass der deponierte Sklave ein Dieb war. Hier liegt wohl eine Interpolation vor (cf. Pernice l. c. S. 230 N. 3), aber gleichwohl dürfte der Schlusssatz an sich echt sein.

der dem Strassenverkehr dient. Hier wird man nicht geneigt sein, den Spieler, welcher einen Vorübergehenden verletzt hat, mit der Einrede zu hören, der Beschädigte hätte den Schaden selbst leicht vermeiden können, indem er nicht zur Unzeit über den Platz ging.

Es ist zu sagen: der Bedrohte ist stets dann von der Pflicht, selbst dem aus fremden indifferenten Handlungen drohenden Schaden vorzubeugen, zu entbinden, wenn ihm diese Pflicht die Ausübung von Interessen erschweren oder gar vereiteln würde, die ihm die Rechtsordnung irgendwie gewährleistet hat. Würde hier die Rechtsordnung die Pflicht des Vermögensinhabers aufrecht erhalten, so würde sie mit sich selbst in Widerspruch geraten. Nehme ich in meinem Garten die Mahlzeiten ein, so brauche ich nicht darauf acht zu geben, dass mir nicht ein aus dem Nachbargarten herüberfliegender Ball oder sonstiger Gegenstand mein Porzellan oder Glasgeschirr zertrümmert. Würde mir die Rechtsordnung diese Pflicht auferlegen, so würde sie mir das Recht, meine eigene Sache zu benutzen, verkümmern. Der Vermögensinhaber könnte hier dem Vorwurf, er habe den Schaden selbst verschuldet, durch den Hinweis auf eine Rechtsregel begegnen, deren Bedeutung für das Verschuldungsprinzip im folgenden Abschnitt geprüft werden soll: Qui suo iure utitur, neminem laedit.

§ 24.

Die vorstehenden Ausführungen, die dem Plan dieser Arbeit entsprechend nur skizzenhaft bleiben konnten, dürften wenigstens soviel ergeben, dass die in der gemeinrechtlichen Doktrin kaum beachtete Pflichtnorm, dass der Vermögensinhaber in erster Linie seine Interessen zu wahren hat — ein Gebot, welches die Rechtsordnung dem Schutzzwecke entsprechend neben dem Grundsatze ‚casus sentit dominus‘ an die Spitze des Vermögensrechts stellen muss — auf die ganze Ausgestaltung desselben in allen seinen Teilen einen erheblichen Einfluss ausübt. Viele altanerkannte Rechtssätze, die „die Probe von vielen Jahrhunderten bestanden haben“, lassen sich nur mit Hilfe dieses Gesichtspunktes erklären; er ist aber auch ferner der Schlüssel zu vielen feinen Entscheidungen der Römer, aus

denen wir nur dann lernen können, wenn wir uns im Besitze desselben befinden.

Die richtige Formulierung eines derartigen obersten Grundsatzes kann aber unmöglich an der Hand eines modernen, auf Grund von Kompromissen und Majoritätsbeschlüssen zustande gekommenen Gesetzes, und wäre es das denkbar beste, gefunden werden, und doch können wir der Kenntnis dieser Grundsätze nicht entbehren, wenn wir diese modernen Gesetze verstehen, kritisieren und — machen wollen.

Nur durch das Studium des römischen Rechts kann der feste Punkt gewonnen werden, von dem aus wir die modernen Rechte überschauen und beherrschen können.

c) Die Pflichtnormen und Interessenkollisionen.

Qui iure suo utitur, neminem laedit.

§ 25.

Im bisherigen ist vorausgesetzt, dass der Zweck, dem gefährdeten Vermögen Schutz zu gewähren, ohne notwendige Benachteiligung eines anderen Vermögens erreicht werden kann.

Diese Voraussetzung trifft nicht immer zu.

Es ist möglich, dass der, welchen nach den bisher erörterten Grundsätzen die Pflicht treffen würde, fremdes Vermögen nicht zu verletzen, diese Pflicht nur erfüllen könnte unter Aufopferung eigener schutzwürdiger Interessen. Wollte bei einem derartigen Falle von Interessenkollision [1]) die Rechtsordnung ihre Pflichtnormen schlechthin aufrecht erhalten, so würde sie gegen den Grundsatz der Gleichmässigkeit des Schutzes verstossen, nach welchem gleich schutzwürdige Interessen in gleichmässiger Weise zu schützen sind. Solange

[1]) Im folgenden ist nur die Rede von der Kollision mehrerer Individualinteressen; bei der Kollision von Individualinteressen mit Gesellschaftsinteressen haben andere Grundsätze Platz zu greifen. Hinsichtlich der Entschädigungsfrage bei Enteignung im ausschliesslichen Gesellschaftsinteresse, überhaupt bei Schädigung und Beseitigung von Privatrechten im Gesellschaftsinteresse, bei Verurteilung und Inhaftierung eines Unschuldigen siehe oben S. 72 N. 1. Dazu Unger „Handeln auf eigene Gefahr“ S. 97 ff. und die dort Zitierten.

daher die kollidierenden Interessen gleichwertig siud, muss sie ihre Pflichtnormen fallen lassen; ist letzteres dagegen nicht der Fall, so kann sie und muss sie somit die Pflichtnormen zugunsten des schutzwürdigeren (überwiegenden) Interesses aufrecht erhalten [1]).

Der Eigentümer eines Grundstücks bedarf zur ordnungsgemässen Ausnützng desselben eines Brunnens; er hat mithin ein schutzwürdiges Interesse, den Brnnnen anzulegen; letzteres ist gegebenen Falls nicht möglich, ohne dass hierdurch dem Nachbarbrunnen das Wasser abgegraben wird. Selbstredend siud die hier kollidierenden Interessen gleichwertig. Soll die Rechtsordnung das eine oder andere bevorzngen? Das römische Recht anwortet: Nein!

Mit anderen Worten: dem geschädigten Eigentümer steht hier gegen seinen Nachbar kein Schadensersatzanspruch zu.

Die herrschende Meinung begründet dies in folgender Weise: Nach aquilischem Recht entsteht ein Schadensersatzanspruch nur, wenn die schädigende Handlung widerrechtlich war; eine Handlnng aber, die in Ausübung eines Rechtes vorgenommen wird, ist nicht widerrechtlich. Beide Prämissen sind an sich unbestreitbar; nur der widerrechtlich Handelnde haftet; wem aber die Rechtsordnung das Recht verleiht, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, kann nicht widerrechtlich handeln. Aber was heisst hier Recht?

Im besonderen Fall denkt man an das Eigentum. Das Eigentum ist nach der herrschenden Anffassung das Recht genereller Herrschaft über die körperliche Sache (Dernburg), es ist das Recht, welches an sich den Willen des Berechtigton entscheidend für die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen macht (Windscheid); nach Dernburg schliesst es Besitz, Nutzung, Gebrauch in sich, und zwar nicht als besondere Befugnisse, sondern als Ausflüsse des einen Eigentums [2]).

Der Eigentümer übt also sein Eigentumsrecht ans, wenn er ein Loch in die Erde gräbt, sei es nnn, um einen Brnnnen anzulegen oder zu einem andern Zwecke. Diese Handlung

[1]) Cf. Merkel, Die Kollision rechtmässiger Interessen S. 42, 49.
[2]) Cf. auch Jhering. Ges. Aufsätze Bd. II S. 33.

kann mithin keine rechtswidrige sein; stürzt infolge der Vertiefung des Grundstücks das Nachbarhaus ein, so „ist das Vermögen des Nachbarn nur tatsächlich, nicht im Rechtssinn gemindert“ (Dernburg Pand. I § 41). Es gilt daher der Satz: nemo damnum facit, nisi qui fecit, quod facere ius non habet.

Den Römern ist es nicht in den Sinn gekommen, diese Konsequenz aus dem Eigentum zu ziehen. An derselben Stelle, wo Ulpian unter Berufung auf Trebatius den Eigentümer für berechtigt erklärt, seinem Nachbarn das Wasser abzugraben, indem er ausführt: neque enim existimari, operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua iure meo usus sum, fügt er hinzu: si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur [1]).

Es drängt sich nun aber von selbst die Frage auf: wie verhält sich diese letztere Bestimmung zu dem Begriffe des Eigentums? Das Eigentum soll die Nutzung und den Gebrauch in sich einschliessen; es sollen diese sogenannten Proprietätsrechte keine besonderen Befugnisse bilden, sondern sich als Ausflüsse des einen Eigentums darstellen. Begrifflich steht mithin dem Eigentümer die Befugnis zu, so tief in seinem Grundstück zu graben, dass hierdurch die Mauer des Nachbarn die Standfestigkeit verliert. Und hier nimmt nun Ulpian, ohne auch nur das Bedürfnis zu empfinden, sein logisches Gewissen durch irgend eine Erwägung zu beruhigen, dem Eigentümer eine ihm von Begriffswegen zustehende Befugnis! Der Einwand, Ulpian lasse den Eigentümer nur in abnormer Weise für Schaden haften, taste aber sein Recht nicht an, wird von Windscheid in genügender Weise widerlegt (cf. § 169 N. 16).

Der historischen Schule [2]) ist es niemals schwer geworden, mit dergleichen begriffsstörenden Entscheidungen der Römer

[1]) l. 24 § 12 D. 39, 2.

[2]) Ich rechne zur historischen Schule alle diejenigen Juristen des 19. Jahrhunderts, die nicht zur naturrechtlichen oder philosophischen Schule gezählt werden müssen. Für mich ist Jhering eine der Koryphäen der historischen Schule. Eine Jheringsche Schule gibt es nicht. Wenn er sich auch in der zweiten Hälfte seiner Gelehrtenlaufbahn von dem von ihm bekämpften „begrifflichen Apriorismus“ freihält, so verdient er doch im übrigen ebensowenig, wie seine Gegner, als Dogmatiker unbedingte Bewunderung; auch er

fertig zu werden; sie alle wurden auf ein und denselben mächtigen Ausnahmeschutthaufen befördert und kamen so bei der weiteren Läuterung des Systems nicht mehr in Betracht. Wir haben uns aber ein für allemal dieses bequemen Aushilfemittels begeben, vielmehr die Überzeugung gewonnen, dass mittelst eines verbesserten Verfahrens gerade aus diesen von der historischen Schule zurückgelassenen Halden das für den Ausbau des Systems wertvollste Erz gewonnen werden wird; wir müssen uns daher in anderer Weise diese Entscheidung Ulpians zu erklären suchen, die übrigens auch den Beifall der Autoren des BGB. gefunden hat: § 909.

Es lohnt sich aber die Mühe, zunächst noch einen Augenblick die Theorie der herrschenden Meinung weiter zu verfolgen. Zweifellos darf nach allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen die Entscheidung des Ulpian als Ausnahmerecht in analogen Fällen nicht verwertet werden. Es ist vielmehr zu sagen, dass das Gebrauchsrecht des Eigentümers stets insoweit besteht, als es nicht durch eine positive Norm oder etwa vertraglich be-

setzt sich unbedenklich über die Vorschriften der materiellen Logik hinweg. Fast sollte man sagen, der § 41 seines „Geist des römischen Rechtes" sei nicht von ihm geschrieben. Oben (S. 40 N. 1) sahen wir, dass es nach ihm einer der glücklichsten Gedanken der römischen Juristen war, wenn sie bei Regelung des Masses der Haftpflicht das Interesse des Vertrags für die Kontrahierenden zum leitenden Gesichtspunkte machten, und dass er sich über die Ausnahmen, die sich bei der Theorie der Römer ergeben, damit beruhigte, dass sie nicht geglaubt haben, mit einer einzigen kahlen Formel der Mannigfaltigkeit der Interessen gerecht werden zu können. — — Hier interessiert sein Aufsatz „Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn". Jhering hält dort an der Identität des Begriffs des Eigentums an beweglichen und unbeweglichen Sachen fest. Als Wesen des Eigentums sieht er die Freiheit der Disposition über die Sache an, aber, sagt er, diese Freiheit kommt nur bei den beweglichen Sachen zu ihrer vollen Verwirklichung; sie auf das Grundeigentum übertragen, hiesse dasselbe praktisch unmöglich machen. Für letzteres stellt er vielmehr den Grundsatz auf: Der Eigentümer darf mittelst seiner Handlungen weder unmittelbar noch mittelbar in die Eigentumssphäre der Nachbarn eingreifen; und nur ausnahmsweise ist ihm dies rücksichtlich solcher Handlungen erlaubt, deren Vornahme die gewöhnliche Benutzung des Eigentums mit sich bringt. — „Begriffe dulden keine Ausnahme", schreibt Jhering in § 41 seines „Geist des römischen Rechts". Ist denn der Eigentumsbegriff kein Begriff?

schränkt ist. Es besteht nun aber keine positive Bestimmung, die es dem Eigentümer verwehrte, mit dem ihm gehörenden Steine das Fenster seines Nächsten einzuwerfen! Die lex Aquilia könnte daher hier nur Anwendung finden, wenn der Stein nicht im Eigentum des Betreffenden stand.

Der Fehler, welchen hier die herrschende Meinung macht, hängt mit ihrer gänzlich unhaltbaren Anschauung der sogenannten subjektiven Rechte zusammen. Unsere Untersuchung über die wichtigsten Rechtsbegriffe soll den Beweis erbringen, dass das Eigentum, überhaupt die Sachenrechte, ja nicht einmal die Obligationen Rechte sind, die ihrem Begriffe nach einer Ausübung fähig wären. Wir werden sehen, dass das Eigentum nichts anderes ist, nichts anderes sein kann, als ein Rechtsverhältnis (Pertinenzverhältnis), welches die Rechtsordnung als zwischen der Substanz einer bestimmten Sache und einem bestimmten Vermögen bestehend anerkennt, kraft dessen die Substanz dieser Sache formell (sachenrechtlich) zu diesem Vermögen gehört [1]). Gehört die Substanz der Sache gleichzeitig auch materiell zu diesem Vermögen, was keineswegs erforderlich ist, so besteht dasjenige Verhältnis zwischen dem Gegenstand und dem Vermögen, welches man im allgemeinen, aber begrifflich in unkorrekter Weise als Eigentum bezeichnet.

Dem Eigentümer wäre aber wenig gedient, wollte es die Rechtsordnung bei der Anerkennung dieses Verhältnisses bewenden lassen; das Eigentum soll seinen Interessen dienen, das Recht befugt [2]) daher ausserdem den Eigentümer, mit seiner

[1]) Ich verstehe unter Substanz der Sache dasjenige, was übrig bleibt, wenn man von dem Gebrauchsnutzen (Nutzungen, § 100 BGB.; Usus) sowie dem Werte (Pecunia) derselben abstrahiert. Gehört zu einem Vermögen die Substanz einer Sache, so gehören accessorisch zu demselben auch Usus und Pecunia, soweit dieselben nicht ganz oder teilweise juristisch von der Substanz abgetrennt sind und als Gegenstand von Gebrauchssachenrechten (Erbbaurecht, Dienstbarkeiten etc.) und Wertsachenrechten (Reallast, Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Pfandrecht) eine juristisch selbständige Existenz haben. Nicht das Eigentum, sondern der Gegenstand des Eigentums ist elastisch. Das Nähere hierüber später bei Besprechung der Begriffe des Eigentums, der Gebrauchs- und Wertsachenrechte.

[2]) Die Freiheit, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren, braucht ihm nicht erst durch das Recht gewährt zu werden; sie kann auch nicht durch das Recht beschränkt werden.

Sache nach Belieben zu verfahren, soweit es seine schutzwürdigen Interessen erfordern; dagegen kann keine vernünftige Rechtsordnung schlechthin den Eigentümer berechtigen, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren; dies würde notwendig zu der soeben erwähnten Konsequenz führen.

Die sich so ergebenden Eigentumsbefugnisse sind es, die der Ausübung fähig sind, von ihnen gilt der Satz, qui suo iure utitur, neminem laedit[1]). Aber die Rechtsordnung kann ohne Verletzung des Schutzzweckes auch dann nicht immer diese Befugnisse aufrecht erhalten, wenn die Interessen, welchen sie dienen, an sich schutzwürdig sind; es ist möglich, dass diese Interessen mit schutzwürdigen Interessen kollidieren: hier darf sie dem Vertreter des minder schutzwürdigen Interesses nicht gestatten, dasselbe wahrzunehmen, sie muss ihm daher die Befugnis hierzu entziehen.

Das Interesse der beiden Nachbarn, auf dem eigenen Grund und Boden einen wassergebenden Brunnen zu besitzen, ist selbstredend gleichwertig; wie sehr daher auch mein Nachbar dadurch geschädigt werden mag, so darf mir doch nicht die Befugnis entzogen werden, das auf sein Grundstück natürlich abfliessende Wasser für mich zu verwenden; aus demselben Grunde darf mir ebensowenig das Recht genommen werden, an seiner Grenze eine hohe Mauer zu errichten (l. 9 D. 8, 2; l. 26 D. 39, 2; l. 1 § 11, § 21, l. 21 D. 39, 3). Kollidieren dagegen nicht gleichwertige Interessen an der Ausnutzung, oder gar die Interessen an der Ausnutzung und der Erhaltung, so kann keinen Augenblick zweifelhaft sein, welchem derselben der Vorzug zu geben ist. So erklärt sich die Entscheidung Ulpians; si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur.

Fehlt es dem Eigentümer gänzlich an einem Interesse mit seiner Sache in einer bestimmten Richtung zu verfahren, dann fehlt es auch an dem Substrat zu einer Eigentumsbefugnis. Windscheid selbst räumt Jhering gegenüber ein, dass die Rechtsordnung Rechte nur zu dem Ende verleihen wird, um

[1]) Cf. hierzu Sjögren, Formen des Unrechts und Tatbestände der Schadenstiftung, Jherings Jahrbücher Bd. 35 S. 416.

damit die Interessen derjenigen zn befriedigen, denen sie dieselben verleiht (§ 37 N. 3). Die Norm des § 226 BGB. rennt somit offene Türen ein[1]; eine Rechtsausübung, die nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen, ist aus logischen und juristischen Gründen gar nicht denkbar.

Ebenso wäre die Vorschrift des § 826 vollkommen überflüssig gewesen, hätte man sich nicht in § 823 in zaghafter Weise auf den Schntz des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit, des Eigentums und der sonstigen Rechte beschränkt, sondern anstatt aller dieser einzelnen Güter und Rechte den Schutz dem einen Gnte angedeihen lassen, worauf es hier allein ankam, nämlich dem Vermögen, indem in dieser Beziehnng nnter Vermögen die Vermögensquellen mitzuverstehen sind.

§ 26.

Es kann wohl als selbstverständlich hingestellt werden, dass das Interesse an der Erhaltung der Vermögenswerte schutzwürdiger ist, als dasjenige an der Ausnutzung derselben; Schwierigkeiten bietet aber die Frage, welches Interesse das schntzwürdigere ist, sobald es sich beiderseits um die Erhaltung, beiderseits um die Ausnutzung, also um gleichartige Interessen handelt. Man wird hierbei folgende Erwägungen zu berücksichtigen haben.

Das Vermögensrecht soll den Individualinteressen möglichste Rechtssicherheit gewähren; man wird deshalb die Schutzwürdigkeit zunächst nach dem Gesichtspunkte zu beurteilen haben, welches der beiden in Frage kommenden Interessen an und für sich als schutzwürdiger erscheint. Der eine Eigentümer mag ein Interesse daran haben, auf seinem Grundstücke Gase, Dämpfe, Gerüche, Geräusche oder Erschütterungen zu erzeugen, welche die Benutzung des Nachbargrundstückes beeinträchtigen. Hält er hierbei ein gewisses Mass inne, benutzt er insbesondere sein Grundstück uur zu Zwecken, denen dasselbe überhaupt oder „nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstückeu dieser Lage gewöhnlich[2]) zu dienen bestimmt ist“ (§ 906 BGB.), so ist sein

[1]) Cf. hierzu Bekker, Pand. § 22, Beilage I.

[2]) Cf. Jhering, Ges. Aufsätze Bd. II S. 44.

Interesse ebenso schutzwürdig, als das des Nachbarn an der Nichtbeeinträchtigung der Benutzung seines Grundstückes. Führen diese Störungen aber zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Benutzung des Nachbargrundstückes, so erweist sich an sich das Interesse des Nachbars als das schutzwürdigere. Von demselben Standpunkt aus stellt sich ohne Zweifel im Fall der Notwehr das Interesse des Angegriffenen als das schutzwürdigere dar; ebenso wird man unbedenklich im Fall des Notstandes das Interesse desjenigen als das an sich schutzwürdigere zu zu bezeichnen haben, dessen eigne Sache durch die fremde Sache gefährdet ist. — Ich werde der Kürze halber diesen Notstand im folgenden den kausalen Notstand nennen. — Ist der Fall dagegen so gelagert, dass jemand seine Sache nicht retten kann, ohne fremdes Gut anzugreifen, ohne dass jedoch gerade dieses fremde Gut mit der Gefahr der betreffenden Sache irgendwie in einem ursächlichen Zusammenhang steht, so wird es ebensowenig einem Zweifel unterliegen, dass das Interesse an der Erhaltung der nicht gefährdeten Sache das an sich schutzwürdigere ist. — Ich werde letztere Art des Notstandes den einfachen Notstand nennen. —

Das Vermögensrecht soll nicht schlechthin den Individuen Vermögensschutz gewähren, sondern nur im Interesse der Gesellschaft. Man wird daher diese absolute Beurteilung nur solange durchführen dürfen, als das Resultat derselben nicht in Widerspruch tritt mit dem Gesellschaftsinteresse, welches zweifellos darin besteht, dass das Gesellschafts- (National-) vermögen, hier im weitesten Sinne genommen die materiellen und idealen Güter umfassend, möglichst erhalten, möglichst ausgenutzt und gefördert werde (relativer Massstab)[1].

Aus diesem Gesichtspunkte erklärt es sich, wenn das moderne Gewerberecht unter bestimmten Voraussetzungen die Errichtung von Anlagen[2]) gestattet, „welche durch die örtliche Lage oder die Beschaffenheit der Betriebsstätte für die Besitzer

[1]) Cf. von Thur, Der Notstand S. 79: „Die Lösung einer faktischen Kollision von Rechtsgütern wird dem Staate erwünscht sein, bei welcher die Summe der erhaltenen Rechtsgüter am grössten, die der verlorenen am kleinsten ist."

[2]) Cf. R. Merkel, Die Kollision rechtmässiger Interessen S. 58 ff.

oder Bewohner der benachbarten Grundstücke Gefahren und Belästigungen herbeiführen können" (cf. § 16 ff. GO.; art. 125 EGBGB.; s. unten S. 196, 198 ff.).

Hält man an diesen Kriterien fest, so gelangt man zunächst im Falle der Notwehr zu folgenden Resultaten. Ist das bedrohte Gut des Angegriffenen grösser als dasjenige, dessen Vernichtung die Verteidigung erfordert, oder sind beide Güter gleichwertig, so verhält sich im letzteren Fall das Gesellschaftsinteresse indifferent, im ersteren erscheint sowohl nach absolutem, wie nach relativem Massstab bemessen das Interesse des Angegriffenen als das schutzwürdigere. Steht dagegen der Schaden, welchen die Durchführung der Verteidigung erfordern würde, ausser Verhältnis zu dem relativ minimalen Werte der bedrohten Sache, so ist es mit dem Gesellschaftsinteresse unvereinbar, die Notwehr zu gestatten[1]).

Man nehme an, zwei junge Leute streiten sich um den Besitz eines Bleistifts; der Eigentümer und Besitzer hält ihn nur noch mit einer Hand fest, während sein Gegner sich in der vorteilhaften Lage befindet, denselben mit beiden Händen zu halten. Dem Eigentümer-Besitzer bleibt schliesslich kein anderes Mittel, sich den Besitz des Bleistifts zu erhalten, als dass er mit der freien Hand die Uhrkette seines Kameraden ergreift und dessen mehrere 100 Mark werte Uhr zu Boden schleudert, wodurch natürlich ein ganz erheblicher Schade entsteht.

Nach dem Wortlaut des § 227 BGB. ist die Handlung des Angegriffenen auch hier nicht widerrechtlich, nach dem Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung ist sie es aber selbst dann nicht, wenn jemand, um sich im Besitz eines Bündels Heu zu erhalten, den Angreifer tötet, wenn nur der Angriff auf den Besitz in anderer Weise nicht abzuwehren war. Freilich, man scheint ernstlich allgemein eine derartige Notwehrhandlung als statthaft ansehen zu wollen. Planck schreibt ohne Zögern: „Behufs Abwehr eines Angriffs auf das Eigentum oder auf den Besitz ist auch die Tötung des Angreifers zulässig. Notwendig ist nur,

[1]) So ungefähr schon Moriaud für das Strafrecht, Du délit nécessaire et de l'état de nécessité S. 302: „Il n'y a pas infraction lorsque l'acte a été commis en état de légitime défense et que le mal fait à l'agresseur n'est pas hors de toute proportion avec celui dont il allait se rendre auteur."

dass die zur Verteidigung angewandten Mittel wirklich erforderlich sind, um den Angriff abzuwenden." „Den Geisteskranken", sagt von Liszt (Deliktsobligationen S. 87), „der mir den vergilbten Lorbeerkranz wegnehmen will, darf ich, wenn seine Körperkraft der meinigen überlegen ist, ohne weiteres niederschiessen."

Wir wissen nicht, wie die Römer sich zu dieser Frage gestellt haben, aber es lässt sich znm mindesten wahrscheinlich machen, dass sie dieselbe in unserem Sinne entschieden haben.

Gaius bespricht ex professo in seinem 7. Buch zum Provinzialedikt die lex Aquilia (cf. l. 2 pr. D. 9, 2). Offenbar bei Aufzählung der besonderen Fälle, in welchen jemand trotz Tötung einer Person nicht aquilisch haftet, berichtet er l. 4 § 1 D. 9, 2, dass man den nächtlichen nnd bewaffneten Dieb nach den XII Tafeln töten dürfe, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur. Es hätte nun nahegelegen, an dieser Stelle anch unseren Tatbestand zu besprechen; Gaius hat dies aber offenbar nicht getan, sonst hätten uns die Kompilatoren seine diesbezügliche Bemerkung sicher nicht vorenthalten. Und hätte überhaupt ein anderer Jurist bei unserem Tatbestand eine Ausnahme von der aquilischen Haftung angenommen, so hätten die Kompilatoren unzweifelhaft das entsprechende Fragment in die Digesten aufgenommen, und zwar an dieser Stelle. Anstatt dessen erfahren wir in der nachfolgenden l. 5 pr. lediglich, dass dann Haftung auf Grund der lex Aquilia nicht eintrete, si metn quis mortis furem occiderit[1]). Auch in dem Titel über die lex Cornelia de sicariis et veneficis wird unser Tatbestand nicht berücksichtigt, obschon dies sehr nahe gelegen hätte, wenn die Römer es überhaupt für zulässig erachtet hätten, in einem derartigen Falle einen Angreifer zu töten. Bemerkenswert ist aber folgender den nächtlichen Dieb betreffender Aussprnch Ulpians (l. 9 D. 48, 8): Furem nocturnum, si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit. Hier

[1]) Cf. Collat. 7, 3, 3: si quis noctu furem occiderit. Auch nach dieser Fassung würde also Ulpian nicht ohne weiteres das Tötungsrecht anerkannt haben. — Da übrigens nach der Collat. Ulpian unmittelbar vorher von der Tötung des fur nocturnus spricht, so dürfte wohl mit Bestimmtheit anzunehmen sein, dass er hier nicht noctu sondern metu schrieb.

musste Ulpian, wenn er die Ansicht Plancks geteilt hätte, hinzufügen: vel aliter rem suam servare non potuit.

Ich habe hiernach wenigstens die moralische Überzeugung, dass die Römer in einem derartigen Falle ein Tötungsrecht nicht anerkannt haben[1]). Ein solches wollen auch nach dem Bericht von Geyer in Holtzendorffs Rechtslexikon die Kriminalisten Breidenbach, Luden, Krug, Goltdammer, Oppenhoff, Rüdorff, von Buri, Otto, von Holtzendorff, H. Meyer u. A. nicht anerkennen, während Berner, Köstlin, Hälschner, Levita, Wessely, Gregory, Rink, von Schwarze, Schütze das Eigentum höher stellen als das Menschenleben, was, wie Geyer zutreffend bebemerkt, wohl leider auch unserem Strafgesetzbuch entspreche.

Man erwäge aber auch, wohin die letztere Auffassung führen würde. Rechtswidrig ist schon nach § 858 der auf Entziehung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht gerichtete Angriff (Planck); es genügt, dass der Angriff objektiv rechtswidrig ist, nicht erforderlich ist es, dass den Angreifer ein Verschulden trifft (Planck): Es sieht jemand einen Mann aus der Wirtschaft, in der er sitzt, in verdächtiger Eile mit einem Regenschirm, der seinem eigenen Schirm zum Verwechseln ähnlich sieht, davon gehen (Cosack); er eilt ihm nach und versucht ihm den Schirm zu entreissen: dem Angegriffenen bleibt nach längerem Hin- und Herringen schliesslich kein anderes Mittel, sich in dem Besitz des Schirmes zu erhalten, als dass er mit der einen zu seinem Nachteile freigewordenen Hand seine Pistole ergreift und seinen Gegner erschiesst: er darf sich auf § 227 berufen[2]).

In wenig glücklicher Weise bedient sich das BGB. in dieser Materie des Begriffs der Rechtswidrigkeit.

Notwehr soll nur gegenüber einem rechtswidrigen Angriff gestattet sein. Es ist möglich, dass die kollidierenden Interessen sowohl nach relativem, wie absolutem Massstab heurteilt gleich-

[1]) Auch aus l. 6 C. 9, 12 dürfte sich nicht wie von Thur (Der Notstand S. 45) annimmt, das Gegenteil ergeben.

[2]) § 227 muss und kann einschränkend ausgelegt werden, da der Gesetzgeber sich offenbar der ganzen Tragweite seines Wortlautes nicht bewusst gewesen ist. Titze (Notstandsrechte S. 89 N. 42) glaubt, § 226 könne eventuell aushelfen; aber das Wörtchen „nur“!

wertig sind; hier hat die Rechtsordnung keine Veranlassung, das eine oder andere zu bevorzugen; sie darf daher keinem der Beteiligten untersagen, diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche zur Wahrnehmung seines Interesses erforderlich sind. Besteht daher auf der einen Seite ein Notstand, und sucht der Betreffende diesen Notstand zu beseitigen, indem er dazu übergeht, die gefahrdrohende Sache zu vernichten, so handelt er gewiss nicht rechtswidrig; denn die Rechtsordnung durfte ihm hier nicht die Pflicht auferlegen, das fremde Gut nicht zu verletzen. Aber soll nun um deswillen, weil der im Notstand Handelnde keine Pflichtnorm verletzt, der von ihm Angegriffene sich nicht verteidigen dürfen? Bei einer Bergbesteigung stürzen zwei der Teilnehmer in eine Gletscherspalte. Die übrigen haben nicht Kraft genug, sie beide am Seile wieder in die Höhe zu ziehen, doch ist Hilfe in Kürze zu erwarten, so dass an und für sich für keinen derselben ein Lebensnotstand bestehen würde, wenn nicht die Last des unterhalb Befindlichen dem anderen, ehe die Hilfe zur Stelle ist, die Brust zusammenzuschnüren drohte. Hier sollte der Gefährdete das Recht haben, den anderen mittelst Durchschneiden des Seiles dem Tode preiszugeben, ohne dass dieser sich dagegen verteidigen dürfte? Der § 228 dürfte hier wörtlich zutreffen: Gefährdet ist der oberhalb Befindliche durch das schwer belastete Seil; der Schaden aber, welchen er anrichtet, steht zweifellos nicht ausser Verhältnis zu der ihm drohenden Gefahr. Seine Handlung ist somit keine widerrechtliche.

Mit Recht hat man im Strafrecht daran festgehalten, dass Notwehr gegen eine Notstandshandlung zulässig sei; wenn man aber zur Erklärung dieser Entscheidung anführt, die Notwehr sei ein Recht, der Notstand nur ein tatsächlicher Zustand, so ist dieser Begründung ganz und garnicht beizupflichten. Zweifellos ist der Notstand selbst lediglich ein tatsächlicher Zustand; aber warum sollte die Befugnis der im Notstand befindlichen Person, auf fremdes Gut schädigend einzuwirken, nicht die Bezeichnung Recht verdienen?[1]) Die Römer selbst erklärten

[1]) Die Existenz eines Notrechts nehmen an (vgl. Geyer, Artikel „Notstand“ in von Holtzendorffs Rechtslexikon): Hegel, Köstlin, Hälschner,

sich die Nichthaftung des Notständigen damit, dass er nicht iniuria damnum dat (cf. l. 49 § 1 D. 9, 2; l. 3 § 7 D. 47, 9); für sie war also die Notstandshandlung keine widerrechtliche. Zutreffend nimmt daher auch Windscheid an, dass der Beschädigende im Falle des Notstandes ein Recht zur Beschädigung habe (§ 455 N. 11)[1].

Es ist daher im Gegensatz zu diesem Erklärungsversuch vielmehr zu sagen: obgleich der im Notstand befindliche ein Recht zur Beschädigung hat, so ist doch der durch die Notstandshandlung Angegriffene ebenfalls berechtigt, sich gegen den Angriff zu verteidigen, weil und insoweit sein Interesse gleich schutzwürdig erscheint. Hier gewährt die Rechtsordnung zur Wahrnehmung kollidierender Interessen kollidierende Rechte. Ist das Interesse des Angegriffenen aber minder schutzwürdig, so muss ihm die Rechtsordnung die Verteidigung untersagen (cf. § 904 BGB.).

Im Falle des kausalen Notstandes erscheint, wie wir schon festgestellt haben, zweifellos das Interesse an der Erhaltung des bedrohten Gutes als das an sich schutzwürdigere. Ist letzteres das wertvollere, so ist es auch nach relativem Massstabe bemessen als das schutzwürdigere anzusehen; ist die Dignität der in Frage kommenden Güter dieselbe, so verhält sich das Gesellschaftsinteresse indifferent. Weder in dem einen noch in dem andern Falle darf daher die Rechtsordnung dem Eigentümer der bedrohten Sache die Wahrnehmung seines Interesses verbieten.

Die überaus glückliche Fassung der lex Aquilia bot der Jurisprudenz eine bequeme Handhabe, das Notstandsrecht so zu entwickeln, wie es dem Schutzzweck entspricht; aber, wie es scheint, erst Labeo versagte dem Verletzten die actio legis Aquiliae, wenn das bedrohte Gut wertvoller war, als das des

Berner, Levita, Wessely, Binding, Stammler. Zutreffend sagt letzterer (Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes S. 74): „Es gibt ein Recht des Notstandes ebenso wie ein Recht der Notwehr . . . .“ Nach ihm ist die Notstandshandlung nicht rechtswidrig, sondern dem Rechte gemäss. Janka (Der strafrechtliche Notstand S. 165 ff.) erkennt wenigstens die begriffliche Möglichkeit des Notrechts an.

[1]) A. M. Titze, Die Notstandsrechte S. 66.

Verletzten (l. 29 § 3 D. 9, 2). Waren die in Frage stehenden Güter von gleichem Werte, so liess Labeo noch die Haftung auf Grund der lex Aquilia eintreten (l. 3 § 7 D. 47, 9). Erst das Ansehen des Celsus setzte es durch, dass auch in diesem Falle der Bedrohte für berechtigt angesehen wurde, sein Interesse wahrzunehmen (l. 49 § 1 D. 9, 2; l. 3 § 7 D. 47, 9; cf. auch l. 7 § 4 D. 43, 24). Ist der kausale Notstand ein wechselseitiger, so muss bei Gleichheit der Dignität der bedrohten Güter jeder Beteiligte berechtigt sein, sein Interesse wahrzunehmen. Auch hier erzeugen also die kollidierenden Interessen kollidierende Rechte.

Möglich ist es nun aber auch, dass das bedrohte Gut an Wert hinter dem gefährdenden zurücksteht.

In einem derartigen Falle ist es mit dem im letzten Grunde entscheidenden Gesellschaftsinteresse unvereinbar, dem Bedrohten die Wahrnehmung seines Interesses zu gestatten. Die Quellen schweigen darüber, ob dem Verletzten unter diesen Umständen die actio legis Aquiliae zu gewähren sei oder nicht; nach der Entwickelung aber, die das Notstandsrecht im römischen Rechte angenommen hat, darf geschlossen werden, dass die Römer hier die aquilische Haftung eintreten liessen. Das BGB. nimmt jedenfalls auf das Gesellschaftsinteresse gebührende Rücksicht. Ist aber letzteres der Grund, warum das BGB. in § 228 die Notstandshandlung nur dann nicht als eine widerrechtliche ansieht, wenn der Schaden nicht ausser Verhältnis zu der Gefahr steht, so darf bei der Vergleichung der Werte nur der gemeine Wert der beiden Sachen in Betracht gezogen werden; dagegen kann der Bedrohte nicht auch den Affektionswert in Anschlag bringen, den die bedrohte Sache für ihn hat (A. M. Planck).

§ 27.

Von jeher war der einfache Notstand ein Sorgenkind der modernen Philosophie und der Rechtswissenschaft. Die Römer schweigen sich über ihn aus. Ich glaube, dass man hieraus schliessen darf, dass sie ihm unter keinen Umständen irgendwelche rechtliche Bedeutung zuerkannt haben. Hier aber ist das Wort Jherings am Platze: „Durch das römische Recht über das römische Recht hinaus."

Bei dieser Art von Notstand ist das Interesse an der Erhaltung des gefährdeten Gutes an sich zweifellos stets minder schutzwürdig. Warum, so fragt man sich mit Recht, wenn man die Lage allein vom individualistischen Standpunkte aus betrachtet, warum sollte der Bedrohte berechtigt sein, sein Gut auf Kosten eines andern zu retten, das in gar keiner Beziehung zur Gefahr seines Gutes steht? Diese Erwägung ist ohne Zweifel der Grund, warum man auch in denjenigen Fällen, wo der Schutzzweck nicht nur des Vermögensrechts, sondern der gesamten Rechtsordnung ein Recht des Notständigen, sein Interesse wahrzunehmen postuliert, ihm immer und immer wieder dieses Recht hat versagen, oder wenigstens beschneiden wollen.

Als Endzweck der Rechtsordnung mag man die Wohlfahrt der Individuen ansehen, aber die Gesellschaft, welche allein imstande ist, eine Rechtsordnung zu schaffen, muss hierbei zunächst ihr eigenes Interesse verfolgen, will sie überhaupt in der Lage sein, den Individuen den Schutz angedeihen zu lassen, den ihr eigenes Interesse erheischt. Wo daher immer das Gesellschaftsinteresse es erfordert, muss das Individualinteresse zurücktreten. Das erheblichste Interesse hat die Gesellschaft an der Erhaltung der staatlichen Organisation, welche sie sich gegeben hat, denn sie dient in erster Linie ihrem Schutz und ihrem Gedeihen. Zu allen Zeiten hat man denn auch unbedenklich anerkannt, dass vor diesem Gesellschaftsinteresse jedes Individualinteresse zurücktreten müsse, und sei es selbst das Interesse an der Erhaltung des Lebens. Aber der Grund, aus dem hier dem Gesellschaftsinteresse der Vorzug zu geben ist, ist für die ganze Rechtsordnung der gleiche: nur dann kann die Gesellschaft die Wohlfahrt der Individuen mit Erfolg fördern, wenn sie zunächst in gesundem Egoismus an sich selbst denkt.

Das Gesellschaftsinteresse erfordert es aber zweifellos, dass, wo immer dies möglich ist, ihr Gesamtreichtum an idealen und materiellen Gütern möglichst erhalten werde.

Ist es daher nur möglich, dass ein grösserer Wert auf Kosten eines geringeren erhalten werde, so muss die Rechtsordnung die Erhaltung des grösseren Wertes gestatten. Ich

sehe es daher als eine legislatorische Tat ersten Ranges der zweiten Kommission an, diesem Rechtsgedanken in § 904 BGB. Anerkennung verschafft zu haben[1]; es sollen ihr hierfür viele Sünden vergeben werden, vor allem aber die Totsünde, den § 904 in das Sachenrecht gestellt zu haben[2].

Nach dem Vorschlage des Antragstellers, dem wir im letzten Grunde den § 904 verdanken, sollte er als Abs. 2 dem jetzigen § 228 hinzugefügt werden. Diese Systematisierung entsprach durchaus der Begründung, mit der der Antragsteller die Neuerung zu stützen suchte. Unter anderem machte er folgendes geltend (Prot. 419): „Nach dem Entwurfe sei es unrechtmässig, wenn der Ertrinkende sich an einen fremden Kahn klammere, um sich zu retten; der seinerseits nicht gefährdete Eigentümer des Kahnes sei nach § 818 berechtigt, ihn in das Wasser zurückzustossen. Der Entwurf verbiete es, bei einer Feuersbrunst einen fremden Zaun niederzureissen, um zu einer Spritze zu gelangen, oder in ein benachbartes Gebäude einzudringen, um von hier aus als dem allein möglichen Punkte die Löschungsarbeit zu leiten. In allen solchen Fällen solle nach dem Entwurf die Abwehr als rechtmässige Notwehr angesehen werden. Dies sei unerträglich und unvereinbar mit anderen Sätzen anerkannten Rechtes. Auch der Entwurf kenne das Recht des Notweges und gestatte das Betreten fremder Grundstücke zum Zwecke der Aufsuchung und Wegschaffung darauf geratener, dem Aufsuchenden gehöriger Sachen. Das schlagendste Beispiel aber für das Zurücktreten niederer Rechte vor einem ihnen zuwiderlaufenden höheren Interesse biete das Recht der Enteignung. Dem Grundgedanken dieser Rechtserscheinungen entspreche es, dass die Notstandshandlung für rechtmässig erklärt werde, soweit sie als Wahrung des höheren Interesses gegenüber dem niederen erscheine, m. a. W. soweit sie ein Dienst sei, welcher der Gesellschaft geleistet werde. Es dürfe kein Widerspruch bestehen zwischen dem Recht und dem Sittengesetz: jedes private Recht trage die Beschränkung in sich, dass es

[1] Cf. dazu Titze, Die Notstandsrechte S. 100.

[2] Cf. dazu Titze, Die Notstandsrechte S. 71; Zitelmann, Allgemeiner Teil S. 39.

zurückstehen müsse hinter dem Interesse der Allgemeinheit, und wann ein solches höheres Interesse vorliege, darüber entscheide das Urteil der Gesellschaft."

Dass der dem § 904 zu Grunde liegende Rechtsgedanke der herrschenden egoistischen Rechtsauffassung unsympathisch sein muss, versteht sich von selbst.

Planck tröstet sich ihm gegenüber mit der Erwägung: „Der Schutz des Rechtsfriedens liegt in der Erwartung, dass die Gerichte ihre Aufgabe, das Gesetz verständig zu handhaben, auch hier erfüllen werden."

Bemerkenswert sind auch die Erwägungen, die schon in der zweiten Kommission gegen den § 904 geltend gemacht wurden. Von einer Seite wurde auf die Ausführungen des Antragstellers unter anderem erwidert: „Das bürgerliche Recht müsse von einer zuweit gehenden Nachgiebigkeit gegen die Forderungen des Sittengesetzes frei gehalten werden; denn es sei das Recht des privaten Willens, der privaten Herrschaft, und als solches seiner Grundlage nach ein egoistisches Recht."

Letzterer Gedanke ist an sich urgesund: Zum Gedeihen der Gesellschaft und der Individuen sollte das Privatrecht und insbesondere das Vermögensrecht jedem Einzelnen genau seinen Rechtskreis abmessen, sein Recht zuwägen; denn nur ein gesunder Egoismus vermag alle im Menschen ruhenden Kräfte zur Anspannung zu bringen. Das römische Recht hat an diesem Grundsatze stets festgehalten; sein Egoismus ist das wertvollste Erbe, das die Römer der modernen Gesellschaft hinterlassen haben. Man hat ihm den Altruismus des germanischen Rechts gegenübergestellt. Im Privatrecht dokumentiert sich dieser gepriesene Altruismus der Hauptsache nach in dem unglückseligen Zusammenhocken der Germanen, das leicht dazu führen kann, dass der eine sich auf den anderen verlässt. Im öffentlichen Recht geht er aber in der Devise auf, dass die andern auch etwas haben wollen; der Eine aber, das ist die Gesellschaft. Dass dieser Altruismus insbesondere das Deutschtum an den Rand des Verderbens geführt hat, weiss jeder; die Römer dagegen haben stets an dem Satze festgehalten: Gebet der Gesellschaft, was der Gesellschaft ist. Das Vermögensrecht muss ein Individualrecht sein, denn nur so kann es der Gesellschaft und

durch sie den Individuen selbst die grösstmöglichsten Dienste leisten; die menschlichen Kräfte gelangen im Individuum zur vollendetsten Entfaltung; der Mensch ist kein Herdentier, die menschliche Gesellschaft kein Ameisenhaufen. Aber kein Teil der Rechtsordnung ist in sich souverän, kein Teil derselben kann sich in sich abschliessen. Das Individuum kann nur gedeihen, solange die kraftvoll organisierte Gesellschaft ihm Schutz und Förderung zu gewähren vermag. Der Wohlfahrtszweck der Individuen erfordert daher, dass die Gesellschaftsinteressen überall, nicht nur im öffentlichen Recht den Vorzug verdienen. Salus rei publicae suprema lex esto!

§ 28.

Damit das überwiegende Interesse der Gesellschaft an der Erhaltung des wertvolleren Gutes gewahrt werden kann, gewährt § 904 dem Bedrohten das Recht, auf fremdes Gut schädigend einzuwirken, indem er hier mit Recht soweit geht, gegenüber der Notstandshandlung die Notwehr zu untersagen. Der Bedrohte handelt also nicht widerrechtlich, er verletzt keine Pflichtnorm; soll er gleichwohl aquilisch haften? Das lässt sich nicht rechtfertigen! Ein Schadensersatzanspruch, ein Anspruch auf Ersatz des Interesses darf hier dem Verletzten nicht eingeräumt werden.

Unser Rechtsgefühl erfordert jedoch, dass hier der Verletzte entschädigt werde. Es ist ihm auch ein Anspruch auf Entschädigung, aber nicht wegen Pflichtverletzung, sondern aus einem andern Gesichtspunkte einzuräumen.

Im Falle des kausalen Notstandes verteidigt der Inhaber des gefährdeten Gutes das an sich nicht in Gefahr befindliche lediglich gegen die von Seiten des andern Gutes drohende Gefahr, dagegen rettet bei einfachem Notstand der Inhaber des an sich in Gefahr befindlichen Gutes dasselbe auf Kosten des andern, neutralen Gutes. Das gefährdete Gut kann hier nur erhalten werden unter Inanspruchnahme eines andern, ohne die letztere wäre es untergegangen. Es handelt sich also hier um eine im Interesse eines Vermögens (oder sonstigen Rechtskreises) erfolgende Aufopferung (Ausgabe), die zunächst auf Kosten eines anderen Vermögens stattfindet, aber die endgültig von

dem Vermögen zu tragen ist, dem sie dient[1]). Es ist hier der Tatbestand eines Grundsatzes gegeben, der bereits in vielen alteingebürgerten Ansprüchen Anerkennung gefunden hat, wie in dem Anspruch wegen Verwendungen, in der actio negotiorum gestorum contraria, überhaupt in allen iudicia contraria, in dem Satze ‚impensae necessariae dotem ipso iure minuunt'; aus demselben Gesichtspunkt erklärt sich der Ausschluss des Einwands der Handlungsunfähigkeit und des S. C. Macedonianum in folgendem von Marcian besprochenen Falle (l. 47 § 1 D. 46, 3): Plane ut Scaevola aiebat, etiamsi perierit res ante litem contestatam, interdum quasi locupletior factus intellegitur (pupillus), id est si necessariam sibi rem emit, quam necessario de suo erat empturus: nam hoc ipso, quo non est pauperior factus, locupletior est; sic et in filio familias putabat Macedonianum cessare, si in necessarias causas filius mutuam pecuniam acceperit et eam perdiderit.

Auch der Bedrohte, der auf Kosten des fremden Vermögens das eigene Gut rettete, hoc ipso, quo non est pauperior factus, locupletior est. Selbstredend beschränkt sich aber seine Haftung nicht auf das, um was er noch im Augenblicke der Klageerhebung bereichert ist; er hat vielmehr wie bei den vorerwähnten Ansprüchen dem Gegner die ganze Verminderung seines Vermögens zu ersetzen, aber auch nicht mehr; es ist also die vera rei aestimatio[2]), nicht das quod interest zu leisten.

Mit Recht hat man auf die Verwandtschaft hingewiesen, welche zwischen der Einwirkung auf das fremde Gut im Falle des einfachen Notstandes und der Enteignung besteht. Auch bei ihr findet eine Interessenkollision zwischen dem Enteigner und dem Inhaber des zu enteignenden Vermögenswertes statt. Bei jeder Enteignung ist aber kein Schadensersatz, sondern eine Entschädigung zu leisten, d. h. nicht das Interesse, sondern der Wert des zu enteignenden Gutes zu ersetzen.

In einer Entscheidung vom 2. Dezember 1884 (Seuff. Arch. Bd. 40 Nr. 209; RGE. Bd. 12 S. 402) erörtert das Reichsgericht die rechtliche Natur der Expropriation und gelangt auf Grund

[1]) Cf. R. Merkel, Die Kollision rechtmässiger Interessen S. 144 ff.: „Das Prinzip des aktiven Interesses."

[2]) Cf. Fr. Mommsen, Interesse S. 113 (lex Rhodia de iactu), dazu auch S. 296.

der von ihm gebilligten Konstruktion[1]) zu folgendem Schlusse: „Auch bei dieser Auffassung handelt es sich aber in dem gerichtlichen Verfahren, in welchem die in dem voraufgegangenen Verwaltungsverfahren ermittelte und festgesetzte Entschädigung von dem Exproprianten oder dem Expropriaten als zu niedrig, bzw. zu hoch bemessen angefochten wird, nicht um die Geltendmachung und Festsetzung eines Schadensersatzanspruches, sondern um die Ermittelung und den Ersatz des Wertes des enteigneten Grundstücks unter Berücksichtigung der nach dem betreffenden Expropriationsgesetz für die Ermittelung dieses Wertes aufgestellten Grundsätze."

Die Vergleichung mit der Enteignung führt also auch lediglich zu einem Entschädigungs-, nicht zu einem Schadensersatzanspruch im eigentlichen Sinne.

Der Wortlaut des letzten Satzes des § 904 spricht eher für einen eigentlichen Schadensersatzanspruch; auch kann man darauf hinweisen, das im Entwurf II der § 746, welcher dem jetzigen § 823 entspricht, folgende Bestimmung enthielt: „Die Schadensersatzpflicht wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die schädigende Handlung im Notstand begangen worden ist." Man könnte geltend machen, dass Satz 2 des § 904 ein Überbleibsel dieser Vorschrift bildet. Es lässt sich aber auf der andern Seite aus den Protokollen ersehen, dass die Majorität der zweiten Kommission dem Verletzten nicht mehr gewähren wollte, als ihm in der Tat zukommt. Es heisst dort (Prot. 419): „Diese Erwägungen führen zu der Notwendigkeit, dass in irgend einer Form im BGB. der Grundsatz ausgesprochen werden müsse, dass wenigstens gewisse Rechtsgüter unter Umständen bei fremder Not gegen Entschädigung zum Opfer gebracht werden müssen, dass also der Gefährdete durch eine sich innerhalb der näher zu bestimmenden Grenzen haltende Notstandshandlung sich keiner Widerrechtlichkeit schuldig mache."

Man kann hiernach aus dem Wortlaut des § 904 BGB.,

---

[1]) Das Reichsgericht verwirft in diesem Urteil mit Recht die Konstruktion, die Enteignung als einen notwendigen Verkauf anzusehen. Auf letztere Konstruktion stützt sich dagegen eine Entscheidung desselben Gerichtshofes vom 11. Oktober 1880 (Bd. 3 S. 239) und gelangt infolgedessen auf Grund §§ 8, 9 ALR. I, 11 zu einem Anspruch auf Ersatz des Interesses.

bzw. § 746 Entw. II nicht auf die Natur dieses Ersatzanspruches schliessen; die Mitglieder der zweiten Kommission haben offenbar gar nicht an den wichtigen Unterschied zwischen Schadensersatzanspruch und Entschädigungsanspruch gedacht; machen doch noch sowohl Windscheid, wie Dernburg kaum einen Unterschied zwischen beiden Arten von Ansprüchen (cf. Wind. § 101 i. f. und N. 14, § 257 N. 7; Dernb. II § 44). Und doch sind sie ihrem Grunde, ihrem materiellen Inhalte, ihrer formellen Behandlung nach durchaus verschieden; mit Recht wendet das Reichsgericht in der vorhin erwähnten Entscheidung auf den Entschädigungsanspruch nicht den § 287 (260) CPO. an.

Die Entscheidung, welcher von beiden Ansprüchen dem Verletzten zu gewähren ist, ist somit der Wissenschaft überlassen; sie dürfte nach dem Gesagten kaum zweifelhaft sein [1]).

Ich muss es mir versagen, im Rahmen dieser Arbeit näher auf § 904 BGB. einzugehen; es kann deshalb vor allem auch die äusserst interessante Frage nicht erörtert werden, ob sich die Einstellung dieser Gesetzesbestimmung in das Sachenrecht rechtfertigen lässt; jedenfalls dürfte es aber kaum zum Verständnis derselben beitragen, wenn man das hier normierte Notwehrverbot als eine Eigentumsbeschränkung auffasst.

Der § 904 gestattet dem Bedrohten stets nur dann auf fremdes Gut einzuwirken, wenn das gefährdete Gut das wertvollere ist. Das Interesse der Gesellschaft kann es aber auch unter Umständen bei Gleichwertigkeit der in Frage kommenden Güter erfordern, dass dem Bedrohten, obschon nur einfacher Notstand vorliegt, gestattet werde, auf das fremde Gut schädigend einzuwirken. Dies ist dann der Fall, wenn von zwei gleichzeitig bedrohten Werten, die sich jedoch gegenseitig nicht gefährden, nur einer derselben unter Aufopferung des andern gerettet werden kann. Möglich ist, dass bei einer Hochflut

[1]) Ist aber der Grund des Entschädigungsanspruches im wesentlichen der Vorteil des gefährdeten Vermögens, so ergibt sich hieraus von selbst, gegen wen er sich zu richten hat. Ich muss deshalb im Gegensatz zu Rümelin, Dernburg, Planck, welche den haften lassen, der den Schaden angerichtet hat, Endemann und Biermann beipflichten, nach denen der ersatzpflichtig ist, zu dessen Gunsten der Schaden angerichtet wurde.

zwei nebeneinander liegende Häuser unter dem Drucke des Wassers schliesslich einstürzen würden, dass aber eins derselben gerettet werden kann, wenn die Balken des andern Hauses zu seiner Stützung verwandt werden.

Besonders das Strafrecht interessiert dieser Tatbestand, wenn das Gut, das aufgeopfert werden muss, ein menschliches Leben ist. Können sich Schiffbrüchige nur dadurch vom Tode erretten, dass sie einen ihrer Kameraden schlachten, so darf das Strafrecht hierin keine strafbare Handlung erblicken. Ich habe es oben nicht kritisiert, dass der Antragsteller, dem wir den § 904 verdanken, denselben unter anderm als ein Postulat des Sittengesetzes hinstellt, indem er ausführt, dass kein Widerspruch bestehen dürfe zwischen dem Recht und dem Sittengesetz; zweifellos ist aber der Grund, warum die Notstandshandlungen des § 904 und die der Schiffbrüchigen nicht als strafbare Handlungen aufgefasst werden dürfen, derselbe; wer aber möchte sich zur Rechtfertigung des Rettungsmittels dieser unglückseligen Menschen auf das Sittengesetz berufen? Es bestand sogar der Vorschlag, dem § 904 folgende Fassung zu geben: „Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, der Einwirkung eines andern zu widersprechen, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist, und der Widerspruch nach den Umständen des Falles gegen die guten Sitten verstossen würde.“

Die Majorität hat glücklicherweise hier wenigstens auf die Verwendung des bedenklichen Begriffs der guten Sitten verzichtet; ich glaube, dass man ihn überall hätte vermeiden können [1]).

Wir hoben bereits vorhin hervor, dass auch im Falle der Enteignung eine Interessenkollision zwischen dem Enteigner und dem Inhaber des zu enteignenden Vermögenswertes stattfinde. In Betracht kommt an dieser Stelle allerdings nur der Fall, dass es sich um eine Enteignung handelt, welche nach

[1]) von Liszt bringt (Deliktsobligationen S. 73) einige Beispiele, die zeigen, „wohin die Verquickung von Moral und Recht führt“; cf. auch S. 43. — Kuhlenbeck (Kommentar zu § 826) hofft, dass es der Praxis gelingen wird, uns zu zeigen, was unter den guten Sitten zu verstehen ist: „Hoffentlich gelingt es der Rechtsprechung, den Begriff der „guten Sitten“ klarer und schärfer zu umschreiben als das bisher die Literatur vermocht.“

Privatrecht zu beurteilen ist; ausgeschlossen ist dies natürlich auch dann nicht, wenn der Staat der Enteigner ist. Auch hier kann das von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkannte Interesse des Enteigners nicht ohne Verletzung des gleichfalls schutzwürdigen Interesses des von der Enteignung betroffenen Vermögensinhabers wahrgenommen werden; aber auch hier ist wie bei dem einfachen Notstande das Schutzbedürfnis nicht durch den zu enteignenden Vermögenswert verursacht worden; gleichwohl gibt jedoch auch hier die Rechtsordnung, da das überwiegende Interesse der Gesellschaft für die Enteignung spricht, dem Enteigner den Vorzug. Dass dem Enteigneten ein Entschädigungsanspruch zu gewähren ist, ist altanerkannten Rechtes; und es ist dieser Anspruch aus demselben Grunde zu erklären, wie derjenige beim einfachen Notstande. Es scheint mir hiernach gänzlich unabweisbar zu sein, den im Falle eines einfachen Notstandes gewährten Anspruch auch dem Umfange nach, wie wir dies oben getan haben, dem Entschädigungsanspruch im Falle der Enteignung gleichzustellen.

Ganz dieselbe, und daher nach denselben Grundsätzen zu beurteilende Interessenkollision liegt vor, insoweit mit einem konzessionierten Eisen- oder Strassenbahnbetriebe oder bei einer auf Grund § 16 GO. genehmigten gewerblichen Anlage Gefahren oder Nachteile für fremde Güter um deswillen unvermeidbar verknüpft sind, weil die zur Vermeidung von nachteiligen Einwirkungen erforderlichen Einrichtungen „untunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar sind."

Auch hier ist, wie im Falle der Enteignung und des einfachen Notstandes, dem Verletzten ein Entschädigungsanspruch, und zwar wegen Gleichheit des Grundes im gleichen Umfange, wie in diesen beiden Fällen von Interessenkollision, zu gewähren. Zutreffend hat das Reichsgericht in einem Urteile vom 20. September 1882 (Bd. 7 S. 265) dem Adjazenten einer Eisenbahn, dessen Grundstück durch die (unvermeidbare) Immission von Feuerfunken, sowie dadurch eine Wertverminderung erlitten hatte, dass sein Gebäude beschädigenden Erschütterungen durch die Eisenbahnzüge ausgesetzt ist, einen derartigen Entschädigungsanspruch gewährt und denselben

geradezu auf die §§ 1 und 2 des preussischen Enteignungsgesetzes vom 15. Juni 1874 gestützt.

Es heisst in den Gründen dieses Urteils: „In der Erteilung der Konzession zum Betriebe der Bahn liegt die allgemeine Anordnung der Staatsgewalt, dass sich die benachbarten Grundbesitzer diejenigen nachteiligen Einwirkungen auf ihre Grundstücke gefallen lassen müssen, ohne welche der Betrieb unausführbar ist. Solche Konzessionierung hat daher den Charakter eines im öffentlichen Interesse seitens der Staatsgewalt bewirkten Eingriffs in das Privateigentum, indem den benachbarten Grundbesitzern die ihnen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zustehende negatorische Klage auf Unterlassung von Immissionen oder beschädigenden Erschütterungen versagt, ihrem Eigentum also eine wesentliche Beschränkung auferlegt wird. Solche Beschränkung, welche die Abwehr drohender Beschädigungen unmöglich macht, bewirkt selbstverständlich eine Wertverminderung der betreffenden Grundstücke, auch wenn ein wirklicher Schade noch nicht verursacht ist, und für diese müssen nach §§ 1 und 2 des Enteignungsgesetzes vom 15. Juni 1874 die Eigentümer entschädigt werden, ohne dass es darauf ankommt, ob diese Wertverminderung eine unmittelbare oder mittelbare Folge des Betriebs ist, und ob den Unternehmern ein Versehen zur Last fällt, oder nicht."

Zweifellos kommt es hier zur Begründung des Anspruchs des Anliegers auf ein Versehen des Bahnunternehmers nicht an; denn es handelt sich eben hier um eine Beeinträchtigung, welche insofern unvermeidbar war, als die zur Beseitigung der drohenden Feuersgefahr erforderlichen Sicherheitsvorrichtungen „ohne Gefährdung des Bahnbetriebes" nicht getroffen werden konnten (cf. das Ende der Urteilsgründe); handelt es sich dagegen um Beeinträchtigungen, um Schäden, „welche nicht in der gefährdenden Natur des Unternehmens selbst oder in einer von dem Eisenbahnunternehmer selbst geschaffenen gefährlichen Lage ihren Grund haben", so kommt es trotz der Konzession des Unternehmers auf ein Versehen des Unternehmers an; denn dann steht nicht mehr eine Interessenkollision und ein Entschädigungsanspruch, sondern ein Schadensersatzanspruch in Frage, der abgesehen von ausdrücklichen positiven Vorschriften

nur begründet ist, wenn ein Verschulden vorliegt, m. a. W. zwischen dem Rechtsgrunde des hier vom Reichsgericht gewährten Anspruchs und demjenigen, welchen dasselbe Gericht dem Anlieger in dem oben (S. 140 ff.) besprochenen Urteile (Bd. 17 S. 103 ff.) wegen eines durch Lokomotivfunken verursachten Schadens zugebilligt hat, besteht ein wesentlicher Unterschied.

Diesen Unterschied übersieht offenbar das Reichsgericht in einem Urteil vom 29. November 1900 (Bd. 47 S. 99). In dem Fragefalle war „die Herstellung von Einrichtungen, welche den von einer Poudrettenfabrik erzeugten Gestank ausschliessen, untunlich oder mit dem gehörigen Betrieb der letzteren ganzen Fabrikation nach § 26 GO. unvereinbar.“ Das Reichsgericht gewährt hier einem durch den Gestank dieser Fabrik geschädigten Nachbar einen Schadensersatzanspruch, d. h. einen Anspruch auf Ersatz des Interesses, den es aus § 26 GO. herleitet. Das Oberlandesgericht Hamburg meinte, „der § 26 lasse die Klage auf Ersatz des durch ein nach § 16 daselbst mit behördlicher Genehmigung betriebenes Gewerbe zugefügten Schadens nur unter der Voraussetzung zu, dass sie schon nach allgemeinen Grundsätzen begründet sein würde, also insbesondere nur unter der Voraussetzung eines Verschuldens des Beklagten; er führe aber nicht für alle Fälle dieser Art durchgreifend einen Schadensersatzanspruch neu ein.“ Ich glaube, dass dem Oberlandesgericht unbedingt insoweit beizupflichten ist, als nach ihm § 26 keinen neuen Anspruch einführt, derselbe vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen begründet sein muss. Nach allgemeinen Grundsätzen entsteht aber auch, wie unsere letzten Ausführungen gezeigt haben, in einem derartigen Falle ein Anspruch; derselbe setzt jedoch kein Verschulden voraus; denn er ist kein Schadensersatzanspruch, sondern ein Entschädigungsanspruch, der stets dann begründet erscheint, wenn ein Vermögen im Interesse eines andern Vermögens vermindert worden ist, ohne dass sich die Verminderung auf eine rechtswidrige Handlung des Inhabers des letzteren Vermögens zurückführen lässt und ohne dass ein Anspruch auf Bereicherung des letzteren Vermögens oder die Verminderung des anderen bestand. Die Gründe des Reichsgerichts selbst lassen denn auch erkennen, dass es nicht so sehr um deswillen im vorliegenden

Falle dem Klageantrag entsprochen hat, weil sich das Recht des Klägers aus dem Wortlaut des § 26 ergab, sondern weil es diese Entscheidung, die ihm unbewusst von seinem mit diesem Rechtsgedanken in Einklang stehenden Rechtsgefühle suggeriert wurde, für die sachgemässe hielt. Die Praxis muss immer und immer wieder auf neu sich eröffnenden Gebieten die erste Arbeit tun, auf welche ihr erst lange nachher die Theorie mit hinkendem Fusse folgt; da kann es nicht auf die zwingende Logik der Gründe der jeweiligen sachlichen Entscheidungen ankommen, wenn letztere selbst nur den in Betracht kommenden Rechtszwecken entsprechen; — wollte man das römische Recht nach den Motivierungen seiner Sätze beurteilen, die die römischen Juristen selbst für dieselben angeführt haben, das römische Recht müsste dann vielleicht als das schlechteste unter den positiven Rechten bezeichnet werden. — Das Reichsgericht hält den oben angeführten Erwägungen des Oberlandesgerichts zu Hamburg entgegen: „In Wirklichkeit ist aber der § 26 nicht in so beschränktem Sinne zu verstehen. Mag auch aus den Eingangsworten: ‚Soweit die bestehenden Rechte eine Privatklage gewähren', gefolgert werden können, dass hier nicht eine neue Klage eingeführt werden sollte für Fälle, wo nach dem sonstigen Recht überhaupt keine stattfand, so folgt daraus doch keinesfalls mit Notwendigkeit, dass nicht der hier gesetzlich zugelassene Gegenstand der Klage, soweit er dem Gegenstand des durch den § 26 ausgeschlossenen Klageantrages gegenüber sich materiell als das Geringere darstellt, schlechtweg an dessen Stelle gesetzt werden soll. Dafür aber, dass er wirklich schlechtweg an dessen Stelle treten soll, spricht positiv einmal die Erwägung, dass im Zweifel dem Gesetze nicht die Absicht unterstellt werden kann, dem Grundeigentümer zugunsten des benachbarten Fabrikanten ohne Entschädigung sein Recht teilweise zu entziehen, und ferner der Gebrauch des Wortes „Schadloshaltung" [1]), welches im praktischen Er-

[1]) Zur Interpretation des Ausdrucks „Schadloshaltung" in der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 darf man wohl auf den Sprachgebrauch des Reichspostgesetzes vom 28. Oktober 1871 verweisen. Der § 13 dieses Gesetzes kennt einen „Anspruch auf Schadloshaltung", der in § 14 „Anspruch auf Entschädigung" genannt wird, dessen Höhe sich aus §§ 8—12 ergibt.

gebnisse freilich mit dem Ausdrucke „Schadensersatz“ im wesentlichen übereinstimmt, aber mehr von einer unmittelbar auf dem Gesetz beruhenden, als von einer wegen Deliktes geschuldeten Entschädigung gebraucht zu werden pflegt.“ Hier zeigt es sich, dass das Reichsgericht nicht mit Bewusstsein jenen Grundsatz zur Anwendung gebracht hat; denn sonst würde es nicht von Schadensersatz, sondern von einer Entschädigung sprechen in demselben Sinne, wie eine solche dem Enteigneten zu leisten ist; auch dadurch, dass das Gericht im weiteren auf das Urteil des 3. Zivilsenats Bd. 17 S. 103 (cf. oben S. 140 ff.) verweist, erhellt, dass es sich des erheblichen Unterschieds zwischen dem dort und hier gewährten Anspruch nicht bewusst geworden ist.

Hält man die beiden letztbesprochenen Fälle nebeneinander — in dem einen wird der Anlieger einer Eisenbahn durch gefahrbringende Feuerfunken der Lokomotiven und durch Erschütterungen durch die Eisenbahnzüge, in dem andern der Anlieger einer Poudrettenfabrik durch den von derselben erzeugten Gestank benachteiligt; in beiden ist die schädigende Handlung keine rechtswidrige, da der Betrieb der Bahn staatlich konzessioniert, die Anlage der Poudrettenfabrik obrigkeitlich genehmigt ist; in beiden kann der Schaden nicht vermieden werden, da die zur Vermeidung desselben erforderlichen Sicherheitsmassregeln untunlich, bzw. mit einem gehörigen Betrieb unvereinbar sind — so springt es in die Augen, dass die Lösung der sich dergestalt ergebenden Interessenkollision nach denselben Grundsätzen erfolgen muss. Wie wir aber gesehen, ist der Entschädigungsanspruch, den wir zum Teil in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht dem Beschädigten gewähren, absolut nicht durch die Qualität des verletzten Rechtsgutes bedingt; es ist auch nicht einzusehen, inwiefern diesem Momente irgend welche Bedeutung sollte beigemessen werden können; alle Voraussetzungen sind, wie wir bereits ausgeführt haben, gegeben, wenn ein Vermögen im Interesse eines andern Vermögens vermindert worden ist, ohne dass sich die Verminderung auf eine rechtswidrige Handlung des Inhabers des letzteren Vermögens zurückführen lässt, und ohne dass ein Anspruch auf Bereicherung des letzteren Vermögens oder die Verminderung des anderen Vermögens bestand.

Aus diesem Gesichtspunkte haftet daher der Unternehmer einer Eisen- oder Strassenbahn, und nicht etwa, weil er nach gesetzlicher Bestimmung bis zur höheren Gewalt haftet, wenn infolge der dem Bahnbetriebe eigentümlichen, nicht vermeidbaren Gefahren ein Unfall entsteht[1]). In Wahrung des überwiegenden Gesellschaftsinteresses gestattet die Rechtsordnung den Bahnbetrieb, obschon derselbe mit unvermeidbaren Gefahren selbst für Leib und Leben verknüpft ist. Die Betriebshandlung, welche die Schädigung verursacht, ist somit keine rechtswidrige; sie und somit die im einzelnen Falle unabwendbar mit ihr verknüpfte Schädigung fremder Vermögensgüter findet im Interesse des Unternehmers, das sich mit dem Gesellschaftsinteresse deckt, statt. Aber die Rechtsordnung hat auch hier, wie im Falle des einfachen Notstandes, der Enteignung und den übrigen Fällen, in denen die zur Vermeidung benachteiligender Einwirkungen erforderlichen Einrichtungen untunlich oder mit einem gehörigen Betriebe unvereinbar sind, keine Veranlassung, das Interesse des Unternehmers weiter zu begünstigen, als es das Gesellschaftsinteresse erheischt; das Gesellschaftsinteresse erfordert es, dass die fragliche Handlung unbedingt ohne Rücksicht auf eine möglicherweise unvermeidbar durch dieselbe eintretende schädigende Einwirkung auf fremdes Gut zulässig ist; die Gesellschaft hat aber kein Interesse an der Minderung des fremden Vermögens selbst, die Rechtsordnung räumt daher dem Unternehmer kein Recht auf die Verminderung ein. Es treffen hiernach also auch in diesem Falle alle Voraussetzungen unseres Entschädigungsanspruches zu.

Das Reichsgericht gewährt dem Verletzten bei derartigen, unvermeidbaren Betriebsunfällen einen Schadensersatzanspruch,

---

[1]) Cf. auch Moriaud a. a. O. S. 282 (wo er von Eisenbahnen, Bergwerken und ähnlichen Unternehmungen spricht): „. . . Actes dangereux au premier chef que la loi approuve, qu'elle doit approuver, parce que le dommage qui en résulte est compensé, et au-delà, par leur utilité sociale . . . C'est là la raison d'être des règles spéciales des nouvelles lois allemandes et suisses sur la responsabilité civile des chemins de fer . . . Sans leur nécessité sociale, ces entreprises seraient interdites; il est donc juste que ceux dans l'intérêt desquels elles sont autorisées réparent les maux inévitables qu'elles entraînent . . ."

den es damit begründet, dass der Unternehmer bis zur höheren Gewalt hafte, solche Fälle aber, welche lediglich in der gefährdenden Natur des Unternehmens selbst oder in einer von dem Unternehmer selbst geschaffenen gefährlichen Lage ihren Grund haben, nach Ansicht des Gerichtes nicht einer höheren Gewalt zugeschrieben werden dürfen (cf. Bd. 44 S 27).

Nach dem Gesagten halte ich diese Konstruktion des höchsten Gerichtshofes nicht nur für verfehlt, sondern überdies vom rein theoretischen Standpunkt aus für äusserst bedenklich, da durch dieselbe jeder Zusammenhang zwischen dem Verschuldungsprinzip und dem Begriff der vis maior, der bereits bei der herrschenden Auffassung der Sorgfaltpflicht als eine Rechtsabnormität erscheint, aufgehoben wird [1]).

Mit Recht hat sich dieses Gericht gegen die Theorie Exners ablehnend verhalten und sich vielmehr im wesentlichen bei Bestimmung des Begriffs der höheren Gewalt der herrschenden Auffassung angeschlossen. In den Gründen eines Urteils vom 23. März 1888 (Bd. 21 S. 17) heisst es: „Das Reichsgericht hat sich in mehreren Entscheidungen der früher bereits vom Reichsoberhandelsgericht gebilligten Auffassung angeschlossen, nach welcher bei Beurteilung der Frage, ob eine Abwendung des in Frage stehenden Ereignisses möglich war, ein relativer Massstab anzulegen ist, insbesondere auch die Verkehrsan-

[1]) Auch auf dem Gebiete der Rechtsanwendung muss sich der Fehler der Konstruktion des Reichsgerichtes fühlbar machen; denn erklärt man hier die Haftpflicht für begründet, weil der Unternehmer bis zur höheren Gewalt hafte, höhere Gewalt aber nicht vorliege, so wird man, wo es sich im übrigen um ganz gleichartige Unfälle handelt, eine Haftung bis zur höheren Gewalt aber nicht vorgeschrieben ist, die Haftung wegen des Mangels eines Verschuldens verneinen. So ein Urteil des Oberlandesgerichts zu Stuttgart vom 22. November 1895 (Seuff. Arch. Bd. 52 Nr. 19). Die sachliche Entscheidung dieses Urteils ist allerdings begründet, aber nicht, weil den Strassenbahnunternehmer kein Verschulden trifft — darauf kommt es gar nicht an — sondern weil hier der Unfall auf ein Verschulden des Fuhrwerksbesitzers zurückzuführen ist; denkbar ist es aber auch, dass durch das Einlegen der Schienen Unfälle entstehen, die trotz Sorgfalt des Beschädigten nicht vermieden werden können; in derartigen Fällen müsste dem letzteren ein Entschädigungsanspruch gewährt werden, obschon die Strassenbahnunternehmung kein Verschulden trifft und obschon sie hier nicht bis zur höheren Gewalt haftet.

schanungen in Betracht kommen . . . Von dieser Auffassung abzugehen, liegt keine Veranlassung vor. Von demjenigen, der bis zur höheren Gewalt zu haften hat, muss allerdings nachgewiesen werden, dass auch mit Aufbietung der äussersten Vorsicht und Sorgfalt und Aufwendung aller Kräfte, welche den Menschen überhaupt zu Gebote stehen, das schädigende Ereignis nicht abgewendet oder unschädlich gemacht werden konnte.“ Das Gericht fügt aber hinzu, und zwar zutreffend, soweit erlaubte Handlungen in Frage stehen: „Aber hierbei kommen doch nur Mittel in Betracht, deren Anwendung überhaupt möglich ist, ohne den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens vollständig auszuschliessen. Die Anwendung solcher Mittel kann von dem Unternehmer nicht verlangt, z. B. nicht gefordert werden, dass die ganze Eisenbahnstrecke auf beiden Seiten mit Mauern versehen oder derart mit Wächtern besetzt werde, dass es unmöglich ist, die Schienen zu überschreiten oder sich beim Herannahen des Zuges auf dieselben zu werfen.“ Da das Reichsgericht auf dem Boden der herrschenden Auffassung der Sorgfaltpflicht steht, so erblickt es zwar in der Ausserachtlassung der im Vorigen verlangten äussersten Vorsicht und Sorgfalt nicht notwendig ein Verschulden, in der Sache lässt es aber die hier in Frage kommende Haftung unter denselben Voraussetzungen eintreten, unter denen wir einen Verstoss gegen die Sorgfaltpflicht annehmen. Es ergibt sich dies aus dem nachfolgenden Zitate aus Dernburgs Pandekten; es heisst weiter in den Gründen des angezogenen Urteils: „Es ist an der Auffassnng festzuhalten, nach welcher bei Beurteilung der Frage der Abwendbarkeit auf die Verhältnisse des einzelnen Falles, insbesondere auf das Verhältnis zwischen dem anzustrebenden Erfolge und den aufzuwendenden Mitteln Rücksicht zu nehmen ist. Diese Auffassung führt aber keineswegs dazu, dass höhere Gewalt immer dann vorliege, wenn bezüglich des in Frage stehenden Schadens ein Verschulden des Haftpflichtigen nicht nachgewiesen werden kann, dass derselbe sonach auch für gewöhnlichen Zufall nicht haften würde. Der Haftpflichtige, welcher nur dann von der Haftung befreit ist, wenn er das Vorhandensein von höherer Gewalt nachweisen kann, haftet vielmehr auch dann, wenn in dem in Frage stehenden Falle

mit aller Umsicht verfahren worden, und der Schade auf einen Zufall zurückzuführen ist. Nur dann liegt höhere Gewalt vor, wenn es auch bei den zweckmässigsten Einrichtungen nicht möglich war, den Eintritt des in Frage stehenden Ereignisses oder dessen Folgen abzuwenden. Als solche kann nur gelten, ,was auch durch die umsichtigsten Schutzvorrichtungen nicht verhütet werden kann, also menschlicher Kraft und Vorsicht spottet.'

Es fragt sich nun aber, wie das Reichsgericht bei dieser Auffassung der höheren Gewalt bei den unvermeidbaren Betriebsunfällen zu einer Haftung des Unternehmers gelangt, zumal nachdem es zutreffend ausgeführt hat, dass von dem Unternehmer nur die Anwendung solcher Mittel zur Vermeidung von Unfällen erfordert werden könne, „deren Anwendung überhaupt möglich ist, ohne den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens vollständig auszuschliessen."

Der höchste Gerichtshof entzieht sich dieser Schwierigkeit, indem er, und zwar in dem hier besprochenen Urteile, ohne jede weitere Begründung den Satz aufstellt: „Es dürfen nach § 1 des Haftpflichtgesetzes nicht solche Unfälle einer höheren Gewalt zugeschrieben werden, welche lediglich in der gefährdenden Natur des Unternehmens selbst oder in einer von dem Eisenbahnunternehmer selbst geschaffenen gefährlichen Lage ihren Grund haben."

„Begriffe dulden keine Ausnahme," folgert Jhering zutreffend auch für die Rechtsbegriffe aus dem logischen Gesetze des Nichtwiderspruchs (cf. oben S. 28). Ich glaube, dass das Reichsgericht hier gegen dieses logische Prinzip verstösst. In demselben Urteile stellt es mit Recht fest: dass höhere Gewalt dasselbe ist, wie unabwendbarer Zufall. Nun kann man ja allerdings sagen, dass die hier in Frage stehenden Betriebsunfälle stets dadurch vermieden werden können, dass der Betrieb überhaupt unterlassen wird, dass sie streng genommen also gar keine unabwendbaren Zufälle sind. Wollte man aber von diesem Gesichtspunkte aus die Abwendbarkeit der schädigenden Ereignisse beurteilen, so könnte von unabwendbaren Zufällen bei einem Bahnbetriebe überall keine Rede sein. § 1 des Haftpflichtgesetzes würde dann die Bedeutung haben, dass

der Eisenbahnunternehmer für jeden mit dem Betriebe der Eisenbahn kausal zusammenhängenden Schaden schlechthin zu haften habe. Unter unabwendbaren Zufällen können also hier gerade nur die beim Betriebe einer Eisenbahn unabwendbaren Zufälle verstanden werden. Dahin gehören nun aber unzweifelhaft auch die besonderen hier in Betracht kommenden Betriebsunfälle. Dieselben sind also in dem hier in Frage kommenden Sinne unabwendbare Zufälle und doch behandelt das Reichsgericht sie, als wenn sie es nicht wären. Das Gericht hilft sich hier, um die Haftung des Unternehmers bei diesen Unfällen zu begründen, wenn auch unbewusst, mit einer dogmatischen Fiktion. Dient ein solches Verfahren, wie hier, dazu, einen richtigen Rechtsgedanken zur Anerkennung zu bringen, so ist gegen dasselbe vom Standpunkt der Rechtsanwendung aus nichts einzuwenden; im Gegenteil, es ist bei weitem vorzuziehen, dass die Praxis im Interesse einer sachgemässen Rechtsanwendung der formellen Logik solange Gewalt antut, bis es gelungen ist, mit allen Mitteln der materiellen Logik diejenigen Prämissen zu finden, aus welchen das den Rechtszwecken entsprechende und von dem Rechtsgefühle diktierte Recht auch nach formeller Logik begründet erscheint[1]. Hätten die Römer es sich zur Aufgabe gemacht, die von ihnen aufgestellten Rechtssätze stets streng zu begründen, das römische Recht wäre nicht, was es ist. Um so mehr ist es aber Aufgabe der Theorie, das von der Praxis gefundene Recht von der Seite seiner Begründung in jeder Beziehung einer streng logischen Prüfung zu unterwerfen; nur so kann die Theorie der Praxis die Dienste leisten, die sie derselben zu leisten bestimmt ist.

Die Theorie darf sich aber, wie wir gesehen haben, bei Fiktionen niemals beruhigen; sie mögen der Praxis im einzelnen

---

[1]) Cf. hierzu die Ausführung Jungs (Delikt und Schadensverursachung S. 102 ff.) bezüglich des oben (S. 142 N. 1) zitierten Urteils des OAG. zu München. „Jene Entscheidung“, sagt Jung, „ist ein typisches Beispiel, wie normalerweise sich der Fortschritt in der Rechtsentwicklung vollzieht, wo wie in allen menschlichen Dingen die Tat stets der Erkenntnis voraus ist.“

Falle grosse Dienste leisten, in systematischer Beziehung stiften sie immer Unheil an und leidet dann schliesslich die praktische Rechtsanwendung auch unter denselben. Es liegt aber auf der Hand, dass durch eine Logik, die in dürren Worten die Sätze nebeneinanderstellt: „die Bezeichnung unabwendbarer Zufall bedeutet nichts anderes, sondern ist dasselbe wie höhere Gewalt" — „solche unabwendbare Zufälle sind aber nicht höhere Gewalt, welche lediglich in der gefährdenden Natur des Unternehmens selbst ihren Grund haben," die Bestimmung des Begriffs der höheren Gewalt nicht gefördert wird. Man darf sich daher auch nicht wundern, wenn man hier und dort die Ansicht hört, dass dieser Begriff überhaupt undefinierbar sei.

Sehr bemerkenswert und sicher nicht überflüssig ist aber noch folgende Auslassung des höchsten Gerichtshofs in dem Urteile vom 12. Juli 1899 (Bd. 44 S. 31): „Ob die hiernach zu billigende Auffassung des Berufungsgerichts überall, wo die Gesetze das Freisein von einer Haftbarkeit im Falle höherer Gewalt vorschreiben, als massgebend Platz zu greifen hat, kann dahingestellt bleiben." Das Gericht hält es also nicht für ausgeschlossen, dass seine zur Begründung bei den hier fraglichen Betriebsunfällen verwendete Konstruktion in anderen Fällen zu unhaltbaren Folgerungen führen könnte. Was soll aber aus dem Begriff der höheren Gewalt werden, wenn einmal die einem Unternehmen „eigentümlichen Gefahren" unter den Begriff der höheren Gewalt subsumiert werden, das andere Mal nicht?

Eine ernstliche Begründung des Satzes, dass die hier fraglichen Betriebsunfälle nicht unter den Begriff der höheren Gewalt gehören, habe ich in den mir zu Gebote stehenden Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes überhaupt nicht gefunden. In einem Urteil des 1. Zivilsenats vom 28. März 1884 (Bd. 11 S. 146) heisst es in dieser Beziehung: „Wollte man die Wirkung der gefährdenden Natur des Unternehmens selbst als einen vom Schadensersatz befreienden Zufall ansehen, so würde man gegen die Grundtendenz des im § 1 des Gesetzes vom 7. Juni 1871 enthaltenen Haftprinzipes verstossen." Dass ein derartiges Argument als eine systematische Erklärung nicht angesehen werden kann, braucht wohl kaum hervorgehoben zu

werden. Der § 1 des Haftpflichtgesetzes verdankt seinen Ursprung, wie wir gesehen haben, in gleicher Weise wie die entsprechenden Bestimmungen der modernen Gesetzgebungen dem sich bei den in Betracht kommenden Tatbeständen besonders lebhaft geltend machenden Bedürfnis nach Aufstellung einer Haftpflicht, die alles das leistet, was überhaupt das Vermögensrecht mit seinen Mitteln für die Sicherheit des Verkehrs zu leisten imstande ist. Eine Schadensersatzpflicht kann aber nur in den Fällen dem Sicherungszwecke dienen, in denen sie geeignet ist, einen Druck auf den Betreffenden auszuüben, den Schaden unter Aufbietung aller geistigen und körperlichen Kräfte zu vermeiden; die Sicherheit des Verkehrs kann dagegen in den Fällen um nichts durch dieses Mittel erhöht werden, in denen der Schaden, wie bei den hier fraglichen Betriebsunfällen unvermeidbar ist. Schon um deswillen muss der Grund der Haftung bei diesen letzteren Fällen ein anderer sein, als bei denen, welche „mit Aufbietung der äussersten Vorsicht und Sorgfalt und Anfwendung aller Kräfte, welche den Menschen überhaupt zu Gebote stehen," vermieden werden können. Die Haftung bis zur höheren Gewalt findet bei richtiger Auffassung der Sorgfaltpflicht ihre Erklärung im Verschuldungsprinzip, der Entschädigungsanspruch bei den hier fraglichen unvermeidbaren Betriebsunfällen in dem Prinzip des Vermögensausgleichs, dessen Folgerungen im nächsten Hauptabschnitte erörtert werden sollen.

§ 29.

Weiter kann ich im Rahmen dieser Arbeit auf die Lehre des Verschuldungsprinzips nicht eingehen; ich muss es mir daher auch versagen, den Versuch zu machen, alle Bedenken zu entkräften, die man gegen den an die Spitze dieses Hauptabschnitts gestellten Satz: „Ohne Schuld keine Pflicht zum Schadensersatz," geltend gemacht hat. Ich habe aber die Überzeugung, dass der Beweis erbracht werden kann, dass alle die Rechtssätze, die auf ein Veranlassungs- oder Kausalitätsprinzip hinzuweisen scheinen, teils bei richtiger Auffassung der Sorgfaltpflicht, sich als Folge des Verschuldungsprinzips darstellen,

teils auf den später näher zu erörternden Grundsatz zurückgeführt werden können, dass die im Interesse eines Vermögens erfolgte Verminderung eines andern Vermögens von dem ersteren zu tragen ist[1]).

[1]) Vielleicht lassen sich auch ans diesem Prinzip bei genauerer Formulierung unter Benutzung des von Sjögren (Jherings Jahrbücher Bd. 35 S. 418 ff.) verwandten Gesichtspunktes die Normen des § 829 BGB. wenigstens teilweise erklären.

Buchdruckerei Maretzke & Märtin, Trebnitz in Schles.

Studien

zur

Erläuterung des bürgerlichen Rechts

1. Heft: **Das neue Gesetzbuch als Wendepunkt der Privat-Rechtswissenschaft** von Prof. Dr. Rudolf Leonhard 2,— Mk.
2. Heft: **Die Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte.** Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft v. Dr. Martin Bruck 3,— Mk.
3. Heft: **Die Haftung für die Vereinsorgane nach § 31 B.G.B.** von Privatdocent Dr. Fritz Klingmüller . . 1,60 Mk.
4. Hett: **Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust** nach römischem und neuerem deutschen Recht v. Dr. Max Gaertner 5,40 Mk.
5. Heft: **Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte.** Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft von Professor Dr. Alfred Manigk . . . . . . 10,— Mk.
6. Heft: **Der Begriff des Rechtsgrundes, seine Herleitung und Anwendung** von Privatdocent Dr. Fritz Klingmüller 3,20 Mk.
7. Heft: **Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs** von Dr. Rudolf Freund . . . . . 2,— Mk.

[illegible]: **Die rechtliche Natur der Miete im deutschen bürgerlichen Recht** von Dr. jur. et phil. Albert Hesse . . . 1,20 Mk.

[illegible] **rechtliche Wirkung der Vormerkung** nach Reichsrecht Wilhelm Othmer . . . . 3,20 Mk.

[illegible] **e Persönlichkeitsrechte des römischen Iniuriensystems.** Eine Vorstudie für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs von Privatdocent und Gerichtsassessor Dr. jur. et phil. Richard Maschke . . . . 3,— Mk.

11. Heft: **Die Rechtsstellung des aus mehreren Personen bestehenden Vorstandes eines rechtsfähigen Vere[illegible]** Ein Beitrag zur Theorie der juristi[illegible] anwalt S. Westmann . .